

UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA – UnB
FACULDADE DE DIREITO

LEONARDO FREITAS GARCIA FILHO

**JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS: ENTRE A IRRACIONALIDADE
DO PODER PUNITIVO E O DIREITO PENAL MÍNIMO**

Brasília
2013

Leonardo Freitas Garcia Filho

Juizados Especiais Criminais: entre a irracionalidade do poder punitivo e o Direito Penal mínimo.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Professora Dra. Beatriz Vargas Ramos

Brasília
2013

Leonardo Freitas Garcia Filho

Juizados Especiais Criminais: entre a irracionalidade do poder punitivo e o Direito Penal mínimo.

Monografia apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Brasília (UnB), como requisito à obtenção do título de Bacharel em Direito, aprovada com conceito [].

Brasília, de julho de 2013.

Professora Dra. Beatriz Vargas Ramos
Professora orientadora

Prof. Dr. Vallisney de Sousa Oliveira
Universidade de Brasília – UnB

Professora Fabiana Costa Barreto
Mestre – Universidade de Brasília – UnB

À minha família.
Com carinho.

Agradecimentos

Agradeço a Deus, em primeiro lugar.

Este trabalho só se fez possível graças ao apoio e amor incondicional dos meus pais, Narla e Leonardo, a quem devo toda a gratidão.

Às minhas irmãs, Maria e Mariana, pela companhia ao longo da vida.

Às minhas avós, Maria e Dulce, mães que me ensinam as coisas mais doces da vida.

Aos meus amigos, a quem devo grande parte da minha felicidade e formação pessoal.

Especial agradecimento à Professora Beatriz Vargas Ramos, pela sua dedicação e interesse, cujos incentivos foram fundamentais a esse trabalho.

RESUMO

Este trabalho investiga a Lei n. 9.099/95 no que se refere ao seu conteúdo de Direito Penal e Direito Processual Penal. Essa Lei inseriu no sistema penal brasileiro uma nova forma de solução de conflito chamado de jurisdição consensual, em oposição à jurisdição retributiva, única existente até então. Para tanto, previu-se quatro medidas despenalizadoras, entre as quais a composição civil dos danos e a transação penal. Com o intuito claro de reduzir a quantidade de presos no sistema penitenciário brasileiro e ao mesmo tempo desafogar as Varas Criminais tradicionais, a Lei n. 9.099/95 provocou vários debates e recebe inúmeras críticas da doutrina, tanto daquela de viés garantista quanto daquela de viés punitivista ou partidária do Direito Penal incriminador. A investigação se desenvolve a partir da constatação da irracionalidade que permeia o sistema penal no que diz respeito ao discurso jurídico-penal e também no que se refere à própria resposta que ele dá, que é a punição por meio do encarceramento. Defendendo uma maior reflexão a respeito da resposta que deve ser dada pelo Estado nos casos de conflitos que recebem o rótulo de crime, é de se observar que a Lei n. 9.099/95 possui características também contraditórias quando se identifica nela uma tentativa de implementar no ordenamento postulados de Direito Penal mínimo. Nesse sentido, pesquisas apontam para a mecanização do procedimento sumaríssimo e também para o aumento da interferência estatal nas relações sociais, o que se deu com a possibilidade de trazer para dentro do Poder Judiciário a persecução de crimes antes desconsiderados pelo sistema penal, por exemplo.

Palavras-chave: Lei n. 9.099/95. Juizados Especiais Criminais. Medidas despenalizadoras. Sistema penal. Direito Penal mínimo. Garantismo penal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	1
1 A Lei n. 9.099/95 e os Juizados Especiais Criminais	4
1.1 Introdução	4
1.2 A competência dos Juizados Especiais Criminais	7
1.2.1 Infrações de menor potencial ofensivo	7
1.3 As medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95	9
1.3.1 Composição dos danos civis	10
1.3.2 Transação penal	11
1.3.3 Representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas	12
1.3.4 Suspensão condicional do processo	13
2 A irracionalidade do discurso jurídico-penal: desconstruindo modelos	15
2.1 Introdução	15
2.1.1 A incoerência do discurso jurídico-penal	16
2.1.2 A falsidade do discurso jurídico-penal	19
2.2 As cadeias como máquinas de deteriorar	20
2.2.1 Antecipação de pena	21
2.2.2 Irracionalidade da pena de prisão	22
2.3 Tentativas de legitimação da pena	24
2.3.1 Teorias da retribuição	24
2.3.2 A prevenção geral e o fracasso da ideologia do tratamento ressocializador	27
2.3.3 As teorias de prevenção geral	30
3 Concepção de Direito Penal e a situação da Lei n. 9.099/95	32
3.1 Direito Penal fundado político-criminalmente	32
3.1 Abolicionismo	32
3.2 Direito Penal Mínimo	34
3.2.1 O delito	38
3.2.2 Finalidade da punição	40
3.3.3 As medidas despenalizadoras e a finalidade da punição	44
4 A crítica à Lei n. 9.099/95	48
4.1 Introdução	48
4.2 Crise da administração da Justiça e os Juizados Especiais Criminais	48
4.3 A frustração da expectativa de redução do número de processos e a ampliação da intervenção estatal em crimes que haviam sido “esquecidos”	52
4.4 A comparação com o <i>plea bargaining</i>	53
CONCLUSÃO	56

INTRODUÇÃO

O paradigma de Estado de Direito tem como fundamento legitimante a limitação do poder e a supremacia da lei. A simples existência de uma ordem jurídica não é suficiente, uma vez que exige-se dela determinados atributos – limitações materiais, estrutura orgânica de pesos e contra pesos, limitações processuais – que lhe conferem legitimidade a atuação Estatal, sendo esta entendida como a adesão voluntária e espontânea de seus destinatários. Essa adesão permite ao Estado exercer sua autoridade não mais com fundamento no carisma ou na tradição, haja vista a despersonalização do poder do Estado, mas na racionalidade legal com que atuam seus agentes (AZEVEDO, 2001, p. 91). É partir dessa legitimidade que se permite ao Estado, instituição complexa, centralizar os meios de coerção, o que, segundo Elias, representa um marco do processo civilizatório¹, em que o uso da força se faz de maneira mais racional, por meio de mecanismos e instrumentos material e formalmente legitimados.

O controle social, que antes era realizado com maior eficácia por um sistema informal – pelos grupos sociais que compõem uma comunidade, como a família, a escola e as associações – vai sendo atribuído ao Estado através de um processo de formalização, sendo o sistema penal parte do instrumental que o Estado detém para a realização desse controle. Observa-se, assim, um movimento de duplo viés: a própria sociedade, ao ver que não dá conta de reprimir a prática de atos que reprova, passa a exigir do Estado a iniciativa da repressão, ao mesmo tempo em que o Estado avoca o uso da força como critério civilizatório.

Esse discurso de legitimação de monopólio da força pelo Estado, que veio se desenvolvendo ao longo do século XX e que corresponde a um antigo modelo de uso deliberado da força por quem a detém encontra-se hoje extremamente abalado. A complexificação das relações sociais e a atribuição de deveres ao Estado, que se vê obrigado a atender demandas anteriormente reprimidas, pretendendo regular amplos setores dessas relações sociais tem um forte impacto na capacidade e

¹ ELIAS, Norbert. *O processo civilizador*, vol. 2., *apud* AZEVEDO, 2001, p. 98.

qualidade dos serviços oferecidos pelo Estado. No que diz respeito ao sistema penal, passa-se a perceber a incapacidade do Estado de realizar na prática toda aquela programação criminal pretendida pelo Código Penal e demais leis penais, o que faz com que a atuação do Estado vá sendo deslegitimada, uma vez que seus órgãos e agentes passam a escolher os clientes preferenciais do sistema.

Segundo a veemente crítica realizada por Zaffaroni, a seletividade, a verticalização social, a destruição das relações comunitárias, a reprodução da violência, a criação de condições para maiores condutas lesivas e a imposição de “penas perdidas” – inflição de dor sem sentido, por uma pena carente de racionalidade – são características estruturais do exercício de poder de todos os sistemas penais (1991, p. 12 e ss.). Cervini, por sua vez, procura explicar a situação a partir do fracasso da ideologia do tratamento por meio da pena privativa de liberdade para ressocializar presos, dos custos individuais do delito, da não aceitação de determinadas leis em algumas culturas, da cifra negra do crime e as contradições entre discurso e prática (1995, p. 192). Para Roxin, o principal problema do Direito Penal, está na aplicação irracional da pena privativa de liberdade, o que faz com que um grande número de pessoas, nem sempre culpadas – ou nem sempre tão culpadas a ponto de serem presas –, sejam submetidas a medidas persecutórias extremamente graves do ponto de vista social e psíquico, o que estigmatiza, desclassifica e exclui essas pessoas (2001, p. 460). Soma-se a este rol, sem a pretensão de esgotá-lo, a incapacidade estrutural de administração do Poder Judiciário face à enorme quantidade de processos, o que inviabiliza a possibilidade de uma resposta jurisdicional adequada.

Como contraponto a essa problemática, explica Cervini, surge um movimento doutrinário que, desde a década de 60, vem compartilhando o que o autor chama de “espírito de reforma”, com o intuito de dar uma resposta a partir da redução da inflação legislativa penal, reduzindo o campo de atuação do sistema penal (1995, p. 192). É nesse contexto que nasce a Lei n. 9.099/95, que institui o procedimento sumaríssimo no âmbito do processo civil e do processo penal com o intuito de conferir uma resposta jurisdicional informal, ao alcance do cidadão comum, com celeridade. No que diz respeito ao seu conteúdo de Direito Penal e Processual Penal, a Lei n. 9.099/95 ainda inova trazendo para o ordenamento jurídico brasileiro a justiça consensual, algumas medidas despenalizadoras e ainda obstaculiza em

grande medida a possibilidade de carcerização dos indivíduos que são submetidos ao Poder Judiciário.

A partir dessas constatações, no Capítulo 1, faz-se uma investigação a respeito do caráter normativo da Lei 9.099/95 no que diz respeito à abrangência do procedimento sumaríssimo dentro do processo penal e ao mecanismo de funcionamento das medidas despenalizadoras.

No Capítulo 2, procura-se trazer algumas inquietações referentes à irracionalidade do discurso jurídico-penal. Constata-se que grande parte da problemática inerente ao sistema penal e à administração da justiça se encontra dentro do próprio discurso oficial que legitima o monopólio da forma e a atuação coercitiva do Estado, que tem sua face mais perversa na carcerização de parte da população.

A seguir, analisa-se no Capítulo 3 algumas propostas de reconstrução do discurso jurídico-penal, que partem da constatação de que há um sistema irracional agindo sobre clientes preferenciais. Procura-se a afirmação de um Direito Penal fundamentado em uma opção político-criminal de redução do encarceramento.

No Capítulo 4, por fim, analisamos a crítica que a Lei n. 9.099/95 recebeu, principalmente da doutrina garantista. Alguns pontos da discussão em torno do fato de Lei n. 9.099/95 não ter atingido seus objetivos como se esperava que ela o fizesse são colocados no debate.

1 A Lei n. 9.099/95 e os Juizados Especiais Criminais

1.1 Introdução

Em seu art. 98, inciso I, Constituição Federal de 1988 estabeleceu a criação dos Juizados Especiais pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, com a finalidade de aprimorar a prestação jurisdicional em relação a delitos de menor gravidade, reduzir a prescrição, trazer a vítima para participar do processo penal, estimular a solução consensual dos processos penais e reduzir a quantidade de processos existentes nas varas criminais comuns (2012, p. 520). Da mesma forma, ficou previsto no art. 98, § 1º, que lei federal disporá sobre a criação dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal. Assim, os Juizados Especiais foram instituídos pela Lei n. 9.099, que entrou em vigor no dia 26 de novembro de 1995 e os Juizados Especiais Federais, pela Lei n. 10.259/01. Cuidou a Lei n. 9.099/95 de estabelecer juizados que tratassem tanto de matéria cível de menor complexidade quanto de matéria criminal, quando dissessem respeito a infrações de menor potencial ofensivo.

Como observa Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo, “até a edição dessa Lei, as contravenções penais e os delitos punidos com pena de detenção eram processados pelo rito processual previsto no Capítulo V, Título II, do Livro II (art. 531 a 540) do Código de Processo Penal, denominado Processo Sumário” (2001, p. 101). Não havia, contudo, diferenças substanciais com relação ao Processo Ordinário, sendo que a sequência de atos era a mesma: inquérito policial, denúncia do Ministério Público, interrogatório do réu, defesa prévia, audiência de instrução, debates orais, julgamento. Não havia previsão da possibilidade de reparação civil dos danos no próprio processo penal, sendo que a vítima era relegada ao papel de mero informante e o réu, por sua vez, não tinha qualquer interesse em reconhecer o fato que lhe era imputado, pois não havia negociação em torno da pena (2001, p. 101).

O processo sumaríssimo, como instituído pela Lei n. 9.099/95, para além da observância obrigatória dos princípios de ordem constitucional concernentes ao direito processual – como o devido processo legal, o juiz natural, a vedação de prova ilícita, o contraditório e a ampla defesa –, é informado pelos princípios da oralidade, informalidade, economia processual e celeridade², buscando, sempre que possível, a reparação dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade³ tornando o processo penal no âmbito dos Juizados Especiais Criminais mais próximo do conflito e da comunidade em que ele se deu.

Nesse sentido, a Lei n. 9.099/95 dispensa a realização do inquérito policial, determinando que a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência lavrará termo circunstanciado de ocorrência, encaminhando-o juntamente com o autor do fato e a vítima ao Juizado Especial⁴. Essa Lei institui também o que pode ser considerado como uma importante barreira à seletividade e à irracionalidade do processo penal no que se refere à aplicação de prisão cautelar, que na realidade acaba sendo a aplicação própria pena antes da condenação, uma vez que “ao autor do fato que, após a lavratura do termo, for imediatamente encaminhado ao juizado ou assumir o compromisso de a ele comparecer, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança”⁵.

Instaurou-se, no Brasil, a partir da chamada Lei dos Juizados Especiais Criminais, uma nova espécie de jurisdição no processo penal, a jurisdição consensual. Esse modelo de jurisdição surge como contraponto ao modelo que até então era o único aplicado, o modelo clássico de jurisdição penal, chamado de jurisdição conflitiva. Nesse modelo, que é eminentemente retributivo, o delito é um conflito formal, simbólico e bilateral entre infrator e Estado, que atua como representante da sociedade, por meio de um sistema criminal formal composto por ordenamento jurídico e agências criminalizadoras⁶ (MOLINA; GOMES, 1997, p. 473 e ss.).

² O princípio da celeridade encontra uma forte crítica na obra de Aury Lopes Jr., que será tratada no Capítulo 4.

³ Lei n. 9.099/95, art. 62.

⁴ Lei n. 9.099/95, art. 69, *caput*.

⁵ Lei n. 9.099/95, art. 69, *caput*, parágrafo único.

⁶ Expressão cunhada/utilizada por Zaffaroni

Assim, ao transgredir uma norma de direito penal, o indivíduo contrai uma dívida para com o Estado que, ao condená-lo, se desvincula do fato cometido e da vítima, que é o sujeito passivo imediato do mal atribuído ao autor (MOLINA; GOMES, 1997, p. 473 e ss.). A solução do conflito é formal, impessoal, não se aplicando critérios materiais nem critérios de utilidade individual ou social. O sistema espera do infrator apenas o cumprimento da pena privativa de liberdade (que não o reabilitará) e, de maneira suplementar, a compensação pelos danos causados à vítima. A satisfação das responsabilidades civis derivadas do ilícito em favor da vítima fica em um plano secundário e dificilmente será alcançada no caso concreto, ainda que esta pretensão não seja única ou prioritária (MOLINA; GOMES, 1997, p. 473 e ss.).

O modelo consensual de jurisdição criminal, por sua vez, incorpora as importantes contribuições de estudos da Criminologia e da Vitimologia para propor uma solução mais humana e de maior qualidade. Isso porque esse modelo parte da concepção do fato delitivo como problema, como conflito pessoal que engloba, na maioria dos casos, dois seres humanos (MOLINA; GOMES, 1997, p. 484 e 485). A vítima, portanto, passa a ser contemplada efetivamente como sujeito de direitos, e não como mero objeto ou pretexto da investigação. Busca-se, assim, uma ampliação do catálogo de consequências jurídico-penais, o que é chamado usualmente de despenalização.

Na esteira desse raciocínio, Luiz Flávio Gomes afirma que, com a Lei n. 9.099/95, a prioridade não é a pena como castigo (tradicional), mas sobretudo a indenização dos danos e prejuízos causados pelo delito em favor da vítima, o que está “em sintonia com a tendência político-criminal mundial de se privilegiar a reparação dos danos, encarando o delito, assim, não como mero enfretamento do infrator com o Estado, senão como problema social e comunitário” (1997, P. 468).

A criminalização de uma conduta é extremamente onerosa para a sociedade como um todo, ainda mais se se considerar que a resposta retributiva do delito a partir da prisão é extremamente gravosa para o autor do ilícito, muitas vezes extrapolando em muito o mal provocado por sua conduta. Existem, porém, condutas que, apesar de causarem uma pequena ou mínima lesividade social e individual, não podem perder a característica de ilícito penal, ao menos aparentemente, devido ao caráter simbólico que tal atribuição possui. Nesse sentido, Claus Roxin entende

que “nas hipóteses em que a descriminalização não é possível – como no furto –, poder-se-ão evitar as desvantagens da criminalização através de alternativas à condenação formal por um Juiz” (2001, p. 466).

O processualista Renato Brasileiro de Lima entende que os “princípios tradicionais da ultrapassada jurisdição conflitiva, como os da inderrogabilidade do processo e da pena (não há pena sem processo), da obrigatoriedade e da indisponibilidade da ação penal pública, são colocados em segundo plano” (2012, p. 521). Surge, então, um novo paradigma processual penal, que atribui ao acusador a oportunidade, a disponibilidade, a discricionariedade regrada e a busca do consenso (2012, p. 521). Desse modo, ainda que o delito que esteja sendo processado seja de ação penal de iniciativa pública, cujo titular é o Ministério Público, este deve buscar o consenso com o acusado.

Na posição de Lima, essa jurisdição consensual, nos moldes em que foi implantada pela Lei n. 9.099/95, almeja “a reparação voluntária dos danos sofridos pela vítima e a aplicação de pena não privativa de liberdade, procurando-se evitar o quanto possível a instauração de um processo penal” (2012, p. 521). Para tanto, a referida lei se utiliza de quatro mecanismos despenalizadores, em que, se houver um consenso entre autor do delito e o titular da ação penal, firmando-se um acordo com a imposição de determinadas restrições ou prestações, evita-se a instauração ou impede-se o prosseguimento do respectivo processo e, restando cumpridas as respectivas imposições, extingue-se a punibilidade do autor.

1.2 A competência dos Juizados Especiais Criminais

1.2.1 Infrações de menor potencial ofensivo

O art. 60 da Lei n. 9.099/95 dispõe que os Juizados Especiais Criminais têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações de menor potencial ofensivo, respeitadas as regras de conexão e continência. São consideradas infrações de menor potencial ofensivo as “as contravenções penais e

os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa”⁷, “submetidos ou não a procedimento especial, ressalvadas as hipóteses de violência doméstica e familiar contra a mulher” (LIMA, 2012, p. 528).

Em que pese ser esta a definição atual de infrações de menor potencial ofensivo, é de se observar que ela é um constructo que se formou ao longo do período de vigência da Lei n. 9.099/95. A redação original desta lei dispunha, em seu art. 61, que seriam consideradas infrações de menor potencial ofensivo “as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a um ano, excetuados os casos em que a lei preveja procedimento especial”⁸.

Contudo, a Lei 10.259/01, que trata dos Juizados Especiais no âmbito da Justiça Federal, trouxe um novo conceito do que seria infração de menor potencial ofensivo, sendo que o art. 2º, parágrafo único, desta lei trazia a seguinte definição em sua redação original: “consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”⁹. Isso fez surgir uma “flagrante disparidade entre os conceitos de infração de menor potencial ofensivo” (LIMA, 2012, p. 526).

Instaurou-se certa polêmica à época, uma vez que uma parte da doutrina entendia que a deveria haver um único conceito a definir tais infrações e outra parte entendia tratarem-se de conceitos diferentes, cuja aplicação dependeria da competência da Justiça Estadual ou da Justiça Federal (LIMA, 2012, p. 526). Luiz Flávio Gomes, citado na obra de Lima, manifestou-se a favor do primeiro posicionamento, entendendo que não existe diferença valorativa entre os bens jurídicos envolvidos em ou noutra Justiça, exemplificando com o delito de desacato, cometido contra policial militar e contra policial federal: no primeiro caso, seria competência da Justiça Estadual Comum, cujo processamento se daria sob o rito ordinário comum; no segundo caso, seria competência do Juizado Especial Federal, cujo processamento se daria sob o rito sumaríssimo, fazendo jus o autor do fato, neste caso, às medidas despenalizadoras cabíveis (2012, p. 526).

⁷ Art. 61 da Lei n. 9.099/95.

⁸ Redação original do art. 61, Lei n. 9.099/95.

⁹ Redação original do art. 2º, parágrafo único, Lei n. 10.259/01.

Em certa medida, pode-se dizer a Lei n. 11.313/06 foi editada para sanar a controvérsia, uma vez que ela dispõe sobre a alteração do art. 61 da Lei n. 9.099/95, conferindo-lhe a atual redação, tornando o conceito de infração de menor potencial ofensivo um conceito único, aplicável tanto para Justiça Estadual, quanto para a Justiça Federal. Renato Brasileiro de Lima aponta que nesta atual redação do art. 61, ao contrário da redação original, não se fez qualquer ressalva quanto à sujeição do crime a procedimento especial, pelo que se pode concluir que as infrações de menor potencial ofensivo abrangem os crimes submetidos a procedimento especial (2012, p. 527), exceto os crimes praticados com violência doméstica e familiar contra a mulher, como dispõe o art. 41 da Lei n. 11.340/06.

É de se observar, contudo, uma particularidade entre as Justiças Estadual e Federal que reflete no âmbito de competência de seus respectivos Juizados Especiais Criminais, qual seja, a exclusão da competência dos juízes federais para julgarem contravenções penais, ainda que sejam “praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas” (art. 109, IV, Constituição Federal de 1988).

1.3 As medidas despenalizadoras da Lei n. 9.099/95

Com a finalidade de evitar a instauração do processo ou suspender seu prosseguimento, a Lei n. 9.099/95 introduz no âmbito da justiça penal brasileira quatro mecanismos despenalizadores, assim considerados por evitarem ou criarem obstáculos à aplicação da pena de prisão. Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes afirma que estas são situações em que o Estado abre mão de sua pretensão punitiva (aplicado a pena como castigo), colocando a reparação dos danos sofridos pela vítima em primeiro lugar, juntamente com o não encarceramento do acusado em potencial.

É de se observar que as medidas despenalizadoras não se confundem com o procedimento sumaríssimo e a aplicação dessas medidas não é exclusividade dos Juizados Especiais Criminais, embora estejam todos previstos de forma conjunta e sistemática no corpo da Lei n. 9.099/95. Portanto, quando se tratar de acusado com foro por prerrogativa de função, por exemplo, o órgão jurisdicional cuja competência

é originária deve aplicar a Lei n. 9.099/95 no que diz respeito ao procedimento sumaríssimo e às medidas despenalizadoras.

Renato Brasileiro de Lima, ao tratar do assunto, lembra julgado do STF que, ao tratar dessas medidas despenalizadoras, concluiu que “o âmbito de incidência dessas normas legais ultrapassa os limites formais e orgânicos dos Juizados Especiais Criminais, projetando-se sobre procedimentos penais instaurados perante outros órgãos judiciários ou tribunais, porquanto produzem evidente reflexo sobre a pretensão punitiva do Estado”¹⁰.

1.3.1 Composição dos danos civis

A primeira medida despenalizadora é a composição dos danos civis. Se efetivada nos crimes de ação penal de iniciativa privada ou pública condicionada à representação, extingue-se a punibilidade da conduta¹¹. Quanto aos crimes processados mediante ação penal pública incondicionada, a celebração do acordo serve apenas para antecipar a liquidez do valor a ser indenizado, que pode ser executado de imediato no Juízo cível (LIMA, 2012, p. 557).

Conforme o ensinamento de Luiz Flávio Gomes, “no sistema penal clássico a vítima, normalmente, espera o fim da sentença penal condenatória para depois promover a sua execução civil” (1997, p. 464) ao passo que aqui “a vítima já pode conquistar, desde logo, um título exeqüível. E com grande vantagem: o título é líquido. Estabelece-se um *quantum*” (1997, p. 464).

¹⁰ STF, Pleno, Inq. 1.055 QO/AM, Rel. Min. Celso de Mello, j. 24/4/1996, DJ 24/5/1996 *apud* LIMA, 2012, p. 531.

¹¹ Art. 74, parágrafo único, Lei n. 9.099/95.

1.3.2 Transação penal

Como segunda medida despenalizadora, a transação penal tem fundamento constitucional, nos art. 98, I, que autoriza-a nas hipóteses previstas em lei. Essa medida consiste em um acordo celebrado entre o Ministério Público e o acusado em potencial (“autor da infração”), onde aquele propõe a aplicação imediata de pena restritiva de direitos ou multa¹². Cabe ao juiz aplicar a pena proposta pelo Ministério Público e aceita pelo acusado em potencial, “que não importará em reincidência, sendo registrada apenas para impedir novamente o mesmo benefício no prazo de 5 (cinco) anos”¹³. Assim, da imposição dessa sanção não há que se falar em antecedentes criminais¹⁴, da mesma forma que não há reconhecimento de culpa ou incidência de efeitos civis, cabendo ao interessado propor ação cabível no juízo cível. Cumprida integralmente a medida, extingue-se a punibilidade sem que se tenha sequer dado início ao processo penal.

No que se refere ao fato de o Ministério Público atuar na função de acusador, em sede de ação penal de iniciativa pública, condicionada ou incondicionada, o princípio da discricionariedade regrada assume protagonismo em detrimento do princípio da indisponibilidade da ação penal. No ensinamento de Lima, diz-se discricionariedade regrada porque o *parquet* não pode dispor da ação penal como bem entender, “mas limitada, uma vez que a proposta de pena alternativa somente poderá ser formulada se satisfeitas as exigências legais do art. 76 da Lei nº 9.099/1995” (2012, p. 560). Luiz Flávio Gomes, por sua vez, ao tratar do tema adota denominação diferente para o princípio, chamando-o de discricionariedade regrada, entendendo que

“o Ministério Público, quando faz a proposta alternativa, está ‘dispondo’ da resposta estatal cominada abstratamente (pena de prisão ou multa integral); mas seu poder não chega ao extremo de lhe permitir abrir mão integralmente de qualquer resposta estatal. Isso se chama ‘oportunidade regrada’.” (1997, p. 427)

Em nossa opinião, o princípio da discricionariedade regrada não diz respeito à possibilidade de o Ministério Público definir se eventualmente faz uma proposta de

¹² Art. 76, *caput*, Lei n. 9.099/95.

¹³ Art. 76, § 4º, Lei n. 9.099/95.

¹⁴ Art. 76, § 6º, Lei n. 9.099/95.

acordo com o acusado em potencial ou se não a propõe, decidindo por efetivamente denunciá-lo, dando início ao processo penal em sentido estrito. Isto porque, como preceitua o art. 2º da Lei n. 9.099/95, deve-se buscar sempre que possível a transação penal, pelo que se conclui que, quando não for o caso de vedação estabelecida no art. 76, § 2º, incisos I a III¹⁵, o Ministério Público estaria obrigado a propor a aplicação de pena restritiva de direito no sentido de se efetivar a transação penal. A discricionariedade regrada estaria regrada seria no sentido de estabelecer apenas não privativa de liberdade que entender adequada ao caso concreto.

Nesse sentido, Lima afirma que quando houver recusa injustificada do órgão do Ministério Público em oferecer a proposta de transação penal ou o juiz discordar de seu conteúdo deve-se adotar a mesma solução disposta no art. 28 do Código de Processo Penal, aplicando-o de forma subsidiária. Deste modo, remete-se os autos ao Procurador-Geral de Justiça, que poderá designar outro Promotor de Justiça para formular a proposta, alterar o conteúdo daquela que tiver sido formulada ou sustentar a posição adotada pelo órgão ministerial no sentido de não propor transação penal, situação em que o juiz terá de prosseguir com o processo (2012, p. 561).

1.3.3 Representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas

A terceira medida consiste na necessidade de representação da vítima nos crimes de lesões corporais leves e lesões culposas (Código Penal, art. 129, caput e § 6º). A Lei 9.099/95 operou uma modificação no Código Penal, tornando esses crimes processados mediante ação penal pública condicionada à representação, o que coloca à disposição da vítima o início da persecução penal, possibilitando que haja, portanto, renúncia ou decadência do direito de queixa.

¹⁵ § 2º Não se admitirá a proposta se ficar comprovado:

I - ter sido o autor da infração condenado, pela prática de crime, à pena privativa de liberdade, por sentença definitiva;
II - ter sido o agente beneficiado anteriormente, no prazo de cinco anos, pela aplicação de pena restritiva ou multa, nos termos deste artigo;
III - não indicarem os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias, ser necessária e suficiente a adoção da medida.

1.3.4 Suspensão condicional do processo

Por fim, a quarta medida despenalizadora é a suspensão condicional do processo, que suspende o curso do processo antes de eventual sentença condenatória por um período de prova de dois a quatro anos, em que o acusado terá de cumprir determinadas condições estabelecidas, como: reparação do dano, salvo impossibilidade de fazê-lo; proibição de freqüentar determinados lugares; proibição de ausentar-se da comarca em que reside sem autorização do juiz; comparecimento obrigatório a juízo, mensalmente; outras condições que o juiz entender adequadas ao caso concreto¹⁶. Cumprindo integralmente as medidas impostas, declara-se a extinção do processo, uma vez que estará extinta a punibilidade, sem que haja condenação.

A proposta deve ser feita pelo Ministério Público, que atua na condição de titular da ação penal de iniciativa pública. Portanto, aqui cabe aquela observação feita sobre a aplicação subsidiária do art. 28 do Código de Processo Penal pelo juiz quando seu entendimento divergir do entendimento do órgão ministerial acerca da realização da proposta de suspensão condicional, devendo remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça para que ele decida. Nesse sentido é a Súmula n. 696 do Supremo Tribunal Federal:

“Reunidos os pressupostos legais permissivos da suspensão condicional do processo, mas recusando o promotor de justiça a propô-la, o juiz, dissentindo, remeterá a questão ao Procurador-Geral, aplicando-se por analogia o art. 28 do Código de Processo Penal.”

A suspensão condicional do processo se limita aos chamados crimes de médio potencial ofensivo, cuja caracterização se faz com base na pena mínima cominada, que deve ser igual ou inferior a um ano. Os crimes de médio potencial ofensivo não se restringem ao âmbito de incidência da Lei n. 9.099/95, sendo que todo delito cuja pena mínima não seja maior do que um ano pode ser classificado com tal, exceto quando houver violência doméstica e familiar contra a mulher. Isso porque, como mencionado, a Lei n. 11.340/06 veda a aplicação da Lei n. 9.099/95.

¹⁶ Lei n. 9.099/95, art. 89, *caput* e § 1º.

Como esclarece Lima, embora a suspensão condicional tenha a sua previsão na referida Lei, ela não está restrita às infrações de pequeno potencial ofensivo, sendo aplicável ao crime de furto simples (art. 155, *caput*, do Código Penal), por exemplo, cuja pena cominada é de reclusão, de um a quatro anos (2012, p. 601).

Além de se aplicar a suspensão condicional do processo a somente quando a pena mínima cominada ao delito não for superior a um ano, são, ainda, requisitos para que a suspensão condicional do processo: não estar o acusado sendo processado ou não ter sido condenado por outro crime; estarem presentes as demais condições necessárias à suspensão condicional da pena (prevista no art. 77 do Código Penal¹⁷).

¹⁷ Código Penal, art. 77: A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: I - o condenado não seja reincidente em crime doloso; II - a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; III - Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código.

2 A irracionalidade do discurso jurídico-penal: desconstruindo modelos

“Em junho de 2012, João foi a uma panificadora no bairro da Freguesia do Ó, na zona norte de São Paulo, comprar uma pizza. Na ocasião, foi acusado por funcionários da loja de tentar furtar uma garrafa de vinho. Os responsáveis pela loja chamaram a Polícia Militar, mas antes resolveram fazer ‘justiça’ por eles mesmos. Deram uma surra em João dentro do próprio estabelecimento comercial. Com a chegada dos policiais, em vez de proteção, João recebeu dos soldados mais porradas, além de agressões verbais e ameaças. ‘Ameaçaram me levar para uma pedreira e me matar.’

Após passar pela Delegacia, João foi levado ao Centro de Detenção Provisória (CDP-I) de Pinheiros, onde foi conduzido ao Regime de Observação, o chamado RO, uma cela destinada aos presos recém-chegados à unidade. Ali, João passou seus primeiros quinze dias. Sem direito a banho de sol. Onde cabiam vinte pessoas, havia setenta. Depois de sair do RO, a situação continuou difícil. Para dormir era preciso encontrar um lugar entre os presos que superlotavam a cela. A comida, péssima, era até difícil de engolir.

Enquanto esperava pelo julgamento, João só tinha notícias do andamento do seu processo por meio de sua ex-companheira e de agentes da Pastoral Carcerária. Em setembro de 2012, quatro meses depois da sua prisão, João foi finalmente julgado e absolvido.

Negro, natural de Maringá (PR), João é técnico em radiologia. Queria ter cursado uma faculdade, mas suas condições econômicas nunca permitiram. Dependente químico, João atualmente passa por um atendimento em um Centro de Atenção Psicossocial e tem planos de voltar a estudar. Sobre os quatro meses em que foi mantido preso, à espera de um julgamento que o absolveria, conclui: ‘Acho um absurdo. Só isso.’”¹⁸

2.1 Introdução

O sistema penal faz uso do Direito Penal como discurso legitimador de suas ações, tendo em vista sua tentativa de adequação à ordem constitucional¹⁹. Para tanto, tem como objetivos declarados a igualdade, especialmente a formal (que estabelece uma falsa pretensão de neutralidade), a segurança jurídica e a prevenção geral. Entretanto, o que se verifica na realidade é precisamente o oposto,

¹⁸ LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL Ano 6 – Número 71 – Junho de 2013. P. 10

¹⁹ Observe-se que a legislação relativa ao direito penal vigente em nosso ordenamento jurídico, exceto parte das leis extravagantes, antecede a Constituição Federal de 1988, sendo que após a sua promulgação, vem sendo realizado um esforço de adaptação de antigos institutos à nova ordem constitucional.

devido ao que Cervini chama de “jogo das relações e fatores de poder”, sendo possível se verificar uma desfiguração daqueles princípios, fazendo com o que o sistema funcione de forma seletiva, marginalizante, estigmatizante e condicionante (1995, 64).

Raúl Eugenio Zaffaroni entende que o discurso jurídico-penal seria racional se fosse, ao mesmo tempo, coerente e verdadeiro. O conceito de racionalidade é trabalhado por Zaffaroni de forma simplificada, mas suficiente para construir os argumentos que a que se propõe. O autor entende que a racionalidade diz respeito à coerência interna do discurso e ao seu valor de verdade quanto à operatividade social (1991, p. 21 e ss.). Como observa Cervini, o professor Zaffaroni, ao analisar a realidade político-criminal latino-americana, “assinala que nossos sistemas apresentam brechas claras entre os objetivos declarados do discurso jurídico e os objetivos reais do sistema em funcionamento”²⁰.

2.1.1 A incoerência do discurso jurídico-penal

O Direito Penal, atuando como discurso oficial de um poder punitivo institucionalizado, é altamente incoerente, sendo utilizado de maneira pervertida a todo momento, a serviço de agências criminalizadoras. Pode-se, aqui, afirmar que não há coerência interna no discurso jurídico-penal, uma vez que o sistema penal não atua de acordo com a legalidade, nem mesmo no âmbito do sistema penal formal.

O sistema penal, ao se colocar como instrumento de controle social supostamente neutro, atua sobre “clientes” preferenciais, uma vez que não possui o Estado a menor condição – seja qual for a sua capacidade econômica e disposição para tanto – de fornecer todos os instrumentos necessários para a efetiva persecução penal de todos aqueles que cometam alguma conduta abrangida pelo sistema penal formal. Possibilitar o encarceramento de todos em prisões com um

²⁰ ZAFFARONI, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1983:7 ss. e Zaffaroni, 1984:23 ss., *apud* CERVINI, 1995, p. 64.

mínimo de dignidade em num Estado de Direito é um problema de ordem prática e é absolutamente inviável em um Estado real (ROXIN, 2001, p. 464). É aqui que entra a seletividade, uma vez que, de um lado, alguns poucos indivíduos são escolhidos, fazendo-os cumprir o papel de “bode expiatório”, a pretexto de prevenção, além da retribuição, ao passo que, do outro lado, tornam imunes outros indivíduos, devido à posição social (CERVINI, 1995, p. 64).

Essa seletividade do sistema penal faz com que ele seja marginalizante, uma vez que o sistema penal encontra-se direcionado a certas camadas da população. Selecionam-se pessoas que embora façam parte de uma sociedade ou de um país, não conseguem fazer parte de suas estruturas sociais, potencializando as misérias às quais essas pessoas já são submetidas em virtude da exploração econômica ou mesmo esquecimento e abandono por parte do resto da sociedade. Dentre os marginalizados, conforme Cervini expõe, incluem-se as populações periféricas das grandes cidades, os trabalhadores rurais, os indígenas e todos aqueles que se encontram em situação ocupacional ou salarial ruim, o que representaria, na América Latina, 45% da população total (1995, p. 64).

Neste ponto da seletividade, pode-se observar que a criminologia clássica ou tradicional, que se inicia com o movimento positivista que postula a cientificidade do estudo criminológico, foi e é extremamente funcional a esse discurso jurídico-penal punitivo, porque partem de uma análise etiológica do delito, isto é, buscam as causas que dão origem ao delito – que tomam como um dado *a priori* –, não se dando conta de que o “delito” e o “delinqüente” são constructos sociais, essencialmente artificiais. Como afirma Denis Chapman, isso “permite circunscrever a criminalidade a uma classe social que é rotulada e utilizada como bode expiatório e consegue reduzir a hostilidade social em relação às classes poderosas, igualmente criminosas, porém imunes”²¹.

Zaffaroni se refere à seletividade do sistema penal como violação estrutural da legalidade processual, que é capaz de exercer seu poder regressivo em uma quantidade extremamente reduzida de casos concretamente realizados. Nesse sentido, afirma que há um “espaço legal” atribuído aos órgãos executivos, que atuam quando e onde querem.

²¹ CHAPMAN, *apud* CERVINI, 1995, p. 64.

“Embora o sistema penal ‘formal’ não seja mais do que o apêndice justificador do verdadeiro exercício de poder dos órgãos do sistema penal, a legalidade não é respeitada nem mesmo em sua operacionalidade social. A estrutura de qualquer sistema penal faz com que jamais se possa respeitar a legalidade processual. O discurso jurídico-penal programa um número incrível de hipóteses em que, segundo o ‘dever ser’, o sistema penal intervém repressivamente de modo ‘natural’ (ou mecânico). No entanto, as agências do sistema penal dispõem apenas de uma capacidade operacional ridiculamente pequena se comparada à magnitude do planejado.

A disparidade entre o exercício de poder programado e a capacidade operativa dos órgãos é abissal, mas se por uma circunstância inconcebível este poder fosse incrementado a ponto de chegar a corresponder a todo o exercício programado legislativamente, produzir-se-ia o indesejável efeito de se criminalizar várias vezes toda a população. Se todos os furtos, todos os adultérios, todos os abortos, todas as defraudações, todas as falsidades, todos os subornos, todas as lesões, todas as ameaças, etc. fossem concretamente criminalizados, praticamente não haveria habitante que não fosse, por diversas vezes, criminalizado.

A realização da criminalização programada de acordo com o discurso jurídico-penal é um pressuposto tão absurdo quanto a acumulação de material bélico nuclear capaz de aniquilar várias vezes toda a vida do planeta. Estes dois paradoxos são reveladores de um sintoma da civilização industrial levado a seu absurdo máximo pela atual – ou nascente – civilização ‘tecnocientífica’.

A diferença mais importante entre estes dois extremos absurdos reside no fato de que enquanto o material bélico tem um efetivo poder destruidor (é acumulado exatamente com o discurso justificador de que sua acumulação anula qualquer possível programação do seu uso), o sistema penal é um verdadeiro embuste: pretende dispor de um poder que não possui, ocultando o verdadeiro poder que exerce. Além do mais, se o sistema penal tivesse realmente o poder criminalizante programado, provocaria uma catástrofe social.” (1991, p. 26 e 27)

A violação estrutural, de onde se constata a incoerência do discurso, não se dá somente no campo da legalidade processual, ocorrendo também no que diz respeito à legalidade formal, que ocorre por meio da duração extraordinária do processo penal e seus efeitos extremamente perversos (sendo o principal deles a conversão do auto de prisão em flagrante em autêntica sentença condenatória), da carência de critérios legais claros para fixação das penas, da proliferação de tipificações com limites difusos, das agências executivas que com freqüência atuam à margem dos critérios pautados para o exercício de poder pelos órgãos judiciais.

2.1.2 A falsidade do discurso jurídico-penal

O Direito Penal não é o que se constata na prática. Nesse sentido, o discurso jurídico-penal revela-se como socialmente falso, pois não cumpre os requisitos abstrato e concreto, necessários para que a legitimação do Direito Penal. O requisito abstrato é aferido em função da experiência social, de acordo com o qual a planificação criminalizante pode ser considerada como o meio adequado para a obtenção dos fins propostos. O requisito concreto, por sua vez, exige que se observe a operatividade do Direito Penal sobre a realidade dos grupos humanos que integram a sociedade na qual incide o sistema penal, de acordo com as pautas planificadoras (ZAFFARONI, 1991, p. 18). Podemos afirmar, com base no que estabelece Zaffaroni, que o discurso jurídico-penal criminalizador do aborto seria falso no plano abstrato, uma vez que não há como estabelecer uma planificação criminalizante minimamente adequada para a obtenção dos fins propostos, restando um discurso incoerente por não dar conta da criminalização pretendida. Da mesma forma, é falso no nível concreto de análise um “discurso jurídico-penal quando os órgãos policiais, judiciais, do ministério público, os meios massivos de comunicação social etc., contemplam passivamente o homicídio de milhares de pessoas” (1991, p. 18 e 19), isto é, a pauta planificadora do discurso jurídico-penal não se mostra capaz de evitar a morte de milhares de pessoas. O Direito Penal passa ao largo das catástrofes do cotidiano.

Zaffaroni entende que não se deve atribuir tal falsidade à má-fé ou à formação autoritária do poder estatal, pois isto “seria um simplismo que apenas agregaria uma falsidade a outra” (1991, p. 13). Nesse sentido, entende o autor que o discurso jurídico-penal seria sustentado, em grande medida, pela impossibilidade de se substituí-lo por outro, o que se deve em grande parte à necessidade que de utilizá-lo como instrumento de defesa das pessoas interiorizadas pelo sistema de controle formal.

Os fatos são gritantes no sentido de que não há qualquer legitimidade no Direito Penal da forma como algumas agências o utilizam, na tentativa de legitimarem suas ações, que deveriam ser consideradas como criminosas em um Estado Democrático de Direito, sendo que, desses fatos, “o mais notório, em nossa

região marginal, e do qual pode derivar-se toda uma ética deslegitimante, é a *morte*” (1991, p. 38), pois não há como negar a ocorrência de mortes violentas e não se requer qualquer demonstração científica para constatá-las.

2.2 As cadeias como máquinas de deteriorar

O sistema penal em sua atuação violenta, a partir da submissão, da tortura, das agressões, detenções e prisões ilegais, desrespeitosa como um todo para com os princípios conformadores do Estado Democrático de Direito, demonstra a ilegitimidade das agências penais que compõem os sistemas de controle social. A face mais irracional do sistema penal, contudo, é a “instituição total”, o cárcere, atribuído por Michel Foucault à categoria de “instituições de seqüestro”²².

Quando se fala em pena privativa de liberdade, costuma-se conceder que a restrição desse direito fundamental se faz em detrimento da proteção de outros direitos fundamentais, individuais e coletivos, sendo necessária para a manutenção da ordem jurídica e social, servindo ainda como forma de reprovação do mal provocado pelo autor, o que, de acordo com o discurso jurídico-penal, se dá mediante um processo perante um Poder Judiciário que julga o ato praticado e, ao condenar, de acordo com leis que tipificam condutas e estabelecem as regras do jogo, individualiza a pena em mais um momento de “racionalidade”.

A prisão ou cadeia é muito mais do que apenas o estabelecimento onde se aplica uma pena privativa de liberdade, como afirma Zaffaroni (1991, p. 40). Ela é deteriorante, condicionante e conformadora de comportamentos. É uma imersão cultural em um situação de vida que não existe em qualquer outro lugar. O indivíduo preso é submetido a condições que não conhece e nem pode conhecer em sua vida cotidiana fora do estabelecimento. A degradação sofrida vai muito além da impossibilidade de locomoção. É a privação de uma convivência familiar e social. É a privação de manter relações sexuais. É a privação de comunicação, uma vez que

²² FOUCAULT, *Microfísica* apud ZAFFARONI, 1991, p. 135.

o preso, ao menos em tese, não pode falar ao telefone, assistir televisão, trocar correspondências.

2.2.1 Antecipação de pena

A Constituição Federal de 1988, art. 5º, inciso VLII, estabelece que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. O Código de Processo Penal, por sua vez, após as alterações promovidas pela Lei n. 12.403/2011 prevê regras rígidas quanto ao encarceramento cautelar. A prisão preventiva, que é a regra geral quando se trata de medida cautelar encarceradora, só pode ser aplicada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de sua autoria²³, limitando-se ainda essa prisão aos crimes dolosos punidos com pena privativa de liberdade, quando a máxima cominada ao crime for superior a quatro anos, quando o acusado tiver sido condenado por outro crime doloso, com sentença transitada em julgado, ou quando envolver violência doméstica e familiar²⁴.

Prisão em flagrante, prisão preventiva e prisão provisória, de acordo com o discurso jurídico-penal, não funcionam como pena, o que permite se afirmar, com base nesse discurso perverso, que não há violação ao princípio da presunção de inocência, uma vez que aquela pessoa “ainda” não está sendo punida. Entretanto, dados do Departamento Penitenciário Nacional (Depen), órgão subordinado ao Ministério da Justiça, de junho de 2012, nos indicam que na prática, não é isso o que ocorre: dos 549.577 presos no sistema prisional brasileiro, 232.244, aproximadamente 42%, encontram-se na condição de presos provisórios, aguardando um julgamento que, em média, demora bastante para ser realizado.

²³ Código de Processo Penal, art. 312.

²⁴ Código de Processo Penal, art. 313, incisos I e III.

Não há racionalidade no fato de a exceção (medida cautelar privativa de liberdade), que deve ser utilizada em casos extremos, corresponder a quase metade do total de presos. Se condenados, muitos daqueles que têm sua liberdade privada durante o processo não cumprirão pena dentro do sistema penitenciário. Muito provavelmente, ao serem condenados, a pena aplicada será remida pelo tempo que já passaram dentro da prisão, pois as condenações são inferiores ao tempo que o indivíduo já esteve preso, aguardando julgamento²⁵.

Ao se observar o perfil dessa população carcerária de presos provisórios, fica evidente a seletividade do sistema penal. Aproximadamente 90% dos casos se deram por furto, roubo ou tráfico de drogas, delitos cometidos por pessoas que se encontram entre as faixas de baixa renda. A motivação encontrada pelos juízes para decretar a prisão provisória ou para negar pedidos de liberdade, segundo o defensor público Bruno Shimizu²⁶, costuma ser baseada em argumentos como a falta de endereço fixo ou de vínculo empregatício, deturpando a idéia de redução da população carcerária que se tentou implantar com a Lei n. 12.403/2011.

Entre junho de 2010 e dezembro de 2011, 1050 pedidos judiciais pela obtenção da liberdade provisória foram realizados pelo projeto Tecer Justiça: Repensando a Prisão Provisória, que também acessou 1.537 pessoas, aplicou 1.161 questionários e levantou dados de 348 processos no Estado de São Paulo.

“O Tecer Justiça partia da hipótese de que o acesso ao defensor, logo após a prisão, e às informações processuais levaria ao aumento do número de concessões de liberdade e à conseqüente redução da população presa em caráter provisório. Ao final do projeto, veio a constatação: o simples aumento do número de defensores bem como o acesso à informação são somente alguns elementos na complexa cadeia de fatores que conduzem ao acesso à justiça. Barreiras institucionais e estruturas socioeconômicas cumprem um papel definitivo no acesso à justiça que somente a garantia do direito de defesa não é suficiente para superar.”²⁷

2.2.2 Irracionalidade da pena de prisão

²⁵ LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL Ano 6 – Número 71 – Junho de 2013. P. 11.

²⁶ LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL Ano 6 – Número 71 – Junho de 2013. P. 11.

²⁷ LE MONDE DIPLOMATIQUE BRASIL Ano 6 – Número 71 – Junho de 2013. P. 11.

A pena privativa de liberdade, cumprida em “instituições totais”, representa outra contradição inerente ao sistema penal. A tentativa de adequar a pena de prisão à ordem constitucional não pode ser satisfeita somente com o critério de individualização estabelecido no Código Penal. É de se observar que a sentença condenatória em processo penal é composta de duas sentenças bem distintas: a primeira, que analisa o fato cometido e reconhece a materialidade e a autoria do delito; e a segunda, que, partindo do pressuposto da condenação, realiza um juízo de valoração da conduta e da pessoa que a praticou, aplicando-lhe uma pena.

Na sentença penal, dividida em duas partes, atribui-se a fundamentação da segunda parte à individualização da pena. Entretanto, essa fundamentação é muito superficial, uma vez que o que se faz não é nada mais do que percorrer uma sequência de atos e verificações e que ainda se vê desrespeitada em muitos casos. O resultado, contudo, é a aplicação da pena privativa de liberdade. Não há racionalidade nesse procedimento, pois não se analisa qual a pena mais adequada ao caso concreto, que pode solucionar o conflito ou evitar a reincidência. O que há é apenas a reprovação, que funciona como retribuição de um mal que foi praticado pelo réu, um castigo.

Para Zaffaroni, a irracionalidade da pena se deve à constatação de não ser ela um instrumento idôneo para a solução de conflitos. O autor define pena como sendo “qualquer sofrimento ou privação de algum bem ou direito que não resulte racionalmente adequado a algum dos modelos de solução de conflitos dos demais ramos do direito” (1991, p. 204). O sofrimento, contudo, não seria exclusividade da pena, tendo em vista que ele faz parte do mundo jurídico, uma vez que vários institutos inerentes a outras áreas do Direito causam espécie de sofrimento, mas nenhum deles é denominado pena, pois possuem um sentido claro, estabelecido de acordo com modelos abstratos e verificável na aplicação prática, servindo às finalidades que se propõem. A pena, por sua vez, “como sofrimento órfão de racionalidade, há vários anos procura um sentido e não o encontra, simplesmente porque não tem sentido a não ser como manifestação de poder” (1991, p. 204).

2.3 Tentativas de legitimação da pena

O caráter irracional da pena prisão, constatado e criticado desde o surgimento dessa instituição total (PIRES, 2011, p. 25 e 26)²⁸, sofre tentativas de abrandamento a partir do surgimento de teorias desenvolvidas ao longo do século XX que cuidam das finalidades das penas. São tentativas de legitimação da prática do encarceramento. Nesse sentido, passamos a fazer uma análise das conhecidas teorias que tratam das finalidades da pena de prisão: retribuição, prevenção geral e prevenção especial.

2.3.1 Teorias da retribuição

As teorias retribucionistas entendem que a finalidade da pena é única, qual seja, a realização da Justiça. Não há qualquer reflexão acerca da efetiva funcionalidade da prisão com relação ao preso. A pena de prisão é vista como um mal, retribuído ao autor do delito, e existe restabelecer ou realizar a Justiça (Teoria da Retribuição Moral, de base kantiana) ou para a afirmação do Direito (Teoria da Retribuição Jurídica, de base hegeliana) (MOLINA; GOMES, 1997, p. 464). A retribuição do injusto surge, portanto, para compensar o mal a partir da culpabilidade do autor²⁹, permitindo-se ao Estado castigar aquele que, com culpa, tenha praticado uma infração penal.

Evidentemente, quando se fala em retribuição, não há qualquer preocupação com a prevenção do delito ou com a pessoa do infrator. Ignora-se a condição de

²⁸ Segundo o autor, a prisão no modelo atual se firmou na história ocidental a partir da primeira década do século XIX e já se tinha listado quase todas as críticas que fazemos hoje por volta de meados daquele século.

²⁹ O conceito de culpabilidade majoritariamente adotado em nossos dias é eminentemente normativo e compõe-se de três requisitos: capacidade penal; conhecimento da antijuridicidade; exigibilidade de comportamento diverso.

indivíduo que compõe a comunidade do sujeito que foi interiorizado pelo sistema penal com a intenção de dar uma resposta à sociedade, retribuindo o mal praticado pelo infrator ao condená-lo à prisão. O que ocorre nesse modelo clássico e ultrapassado de Justiça Criminal é uma tentativa de atender às expectativas punitivas pretensamente atribuídas à sociedade, que sempre figura na condição de sujeito passivo do ato delitivo dentro desse modelo, não havendo qualquer preocupação prática com as reais expectativas que circundam o fato delitivo, seja do infrator, seja da vítima, seja da comunidade em que estão inseridos.

Claus Roxin afirma que as teorias da retribuição pressupõem já a necessidade da aplicação da pena, para depois fundamentá-la de acordo com essa finalidade, não explicando quando deve ser aplicada, portanto (1986, p. 17 e ss.). Ter a pena como retribuição ao “mal” praticado pelo infrator faz com que qualquer conduta a qual seja atribuído o rótulo de crime já implicaria necessariamente a retribuição por meio do encarceramento. Assim, a pena com base na retribuição representa tanto uma debilidade teórica como um perigo prático, pois coloca a prisão à disposição do legislador, que muitas vezes introduz tipos penais no ordenamento jurídico sem maiores reflexões.

Em nossa opinião, o poder punitivo estatal, dentro do paradigma do Estado Democrático de Direito, com fundamento na dignidade da pessoa humana, não está autorizado a castigar ninguém, seja qual for o motivo. A punição nesses moldes olha exclusivamente para trás, sem qualquer preocupação com o futuro, retirando a condição de pessoa daquele que recebe o castigo, fazendo com que o poder punitivo alinhe-se a um paradigma de Estado autoritário. Acrescenta-se a isso as idéias que compartilhamos de que não se resolve um conflito adicionando-lhe mais violência, da mesma forma que não há como se admitir a extirpação da culpa imputada ao autor de um delito infligindo-lhe um castigo.

O castigo institucionalizado como punição, para além da mera vingança que possa existir nos conflitos entre indivíduos – o que é justamente uma das finalidades do Direito Penal através monopólio do poder punitivo pelo Estado –, surge na Idade Média com a Igreja Católica, que assume a posição de instituição responsável pela expiação do mal. Nesse sentido, Álvaro Pires questiona-se acerca da punição como

sofrimento, fazendo referência a Berman³⁰, que busca a origem dessa noção de pena, encontrando o primeiro registro em uma carta anônima do século XI em que se encontrava uma definição precisa de punição como “um sofrimento que castiga e vinga o que o indivíduo fez” (PIRES, p. 2011, p. 34). Posteriormente, essa idéia foi trabalhada em textos religiosos produzidos por expoentes do pensamento religioso, como Santo Anselmo e Santo Tomaz de Aquino.

Essa noção de punição como castigo, como retribuição, portanto, parte de uma concepção religiosa, sendo incorporada posteriormente pelo Direito. Não se deve admitir, contudo, que o Estado, sob o manto do Direito, promova a aplicação da pena de prisão de maneira irracional, com o intuito de castigar. Passa por aqui a reprovação que temos quanto ao endurecimento das penas e flexibilização de garantias do Direito Penal tornando-o incriminador, pois não se pode fazer uso do instrumental do Estado para vingar-se de alguém.

Para Roxin, a própria idéia de retribuição compensadora só pode ser plausível mediante um ato de fé, uma vez que não há racionalidade no ato de pagar com sofrimento de uma pena o mal cometido. Esse ato de fé pode até povoar o imaginário de grande parte da população, mas evidentemente não pode ter sua fundamentação considerada como válida e vinculante para todos dentro do paradigma de Estado Democrático de Direito, a partir do que prevê a Constituição.

O livre arbítrio, a liberdade da vontade pressuposta pela liberdade humana, é indemonstrável, Roxin afirmar que investigações antropológicas já “demonstraram que não existe uma determinação biológica geral do homem (contrariamente ao animal) e essa relativa falta de esquemas instintivos fixos é substituída principalmente por modelos de condutas culturais” (1986, p. 18).

Nesse sentido, o indivíduo é livre para adotar o padrão de comportamento ditado pelos modelos das condutas culturais predominantes, não havendo espaço para a liberdade de atuação fora do que uma minoria entende como socialmente adequado. Portanto, não se pode falar em vontade livre e consciente na ação do homem que vive nas sociedades ocidentais voltadas para o consumo e para a alimentação do sistema capitalista, pois ao se extrapolar os limites desses modelos de comportamento desejados pelo sistema, surge uma tendência a criminalizar

³⁰ BERMAN, *Law and Reveolution apud* PIRES, 2011, p. 33.

pessoas por suas condutas: é o que acontecia com a mendicância³¹ e com a greve³²; é o que ainda acontece formalmente com a vadiagem³³; e é também o que acontece com a criminalização que gravita ao redor da temática das drogas³⁴.

É de se observar, portanto, que a teoria da retribuição não dá o mínimo suporte ao encarceramento deliberado dentro do nosso ordenamento jurídico.

2.3.2 A prevenção geral e o fracasso da ideologia do tratamento ressocializador

A ideologia do tratamento ressocializador se insere no que a doutrina (MOLINA; GOMES, 1997, p. 464) chama de teorias de prevenção especial do delito, por incidir diretamente no indivíduo, com um caráter positivo, buscando evitar a reincidência.

As penas com caráter ressocializador provavelmente têm sua origem no pensamento de Fraz Von Liszt, em que fica clara a sua concepção político-criminal com base nos elementos necessidade e idoneidade da pena, já prevendo a

³¹ Lei de Contravenções Penais (Decreto-Lei n. 3.688, de 1941), art. 60: revogado recentemente, pela Lei n. 11.983/09.

³² Ao tratar da interação entre capitalismo e sistema penal Nilo Batista afirma que o capitalismo, historicamente, recorreu ao sistema penal com dois objetivos essenciais: garantir a mão-de-obra; e impedir a cessação do trabalho. Nesse sentido, “para impedir a cessação do trabalho, criminalizava-se o trabalhador que se recusasse ao trabalho tal como ele ‘era’: criou-se o delito de *greve*.” Lembra o autor que no Brasil, após a escravidão ser abolida, o Código Penal de 1890 punia a vadiagem em seu art. 399 e a greve, definida em seu art. 206 como “cessação ou suspensão do trabalho para impor aumento ou diminuição de serviço ou salário” (BATISTA, 1990, p. 35 e 36).

³³ Lei de Contravenções Penais, art. 59: Projeto de Lei 4668/04, que prevê a revogação desse artigo, foi aprovado pelo plenário da Câmara dos Deputados em 08/08/2012 e seguiu para o Senado (onde já existiam projetos com a mesma finalidade).

³⁴ Embora o assunto, para ser tratado de maneira adequada, exija argumentos mais complexos do que esta redução, entendemos que a criminalização do uso de drogas e sua relação com o tráfico de drogas (lembre-se alta seletividade permitida pela adequação típica que transita entre os arts. 28 e 33 da Lei n. 11.343/06 a depender de quem se está incriminando), na prática, nada mais é do que a criminalização de pessoas devido a suas condutas.

aplicação de penas alternativas, para além do encarceramento. Liszt, portanto, preocupa-se com a pessoa sobre a qual incidirá uma pena, já trabalhando com a idéia de que não há que se castigar, não aceitando que a pena funcione exclusivamente como forma de retribuição do mal praticado. Especificamente no que diz respeito à pena como ressocialização, a idéia é que se realize um tratamento terapêutico individualizado no condenado, corrigindo-lhe o que se julgar necessário.

A crítica à aplicação da pena de prisão como tratamento do indivíduo, no sentido de reintegrá-lo, ressocializá-lo, fazendo com que seu retorno à vida em sociedade se ajuste aos modelos das condutas culturais predominantes se inicia já com o próprio termo ressocialização, por ser vago e indeterminado. Segundo Cervini, a chave de sua aceitação geral é justamente essa falta de precisão do termo, permitindo que cada um atribua-lhe o conteúdo que melhor corresponda aos seus interesses (1995, p. 37 e ss.). Nessa esteira de raciocínio, Roxin afirma que embora a teoria da prevenção especial seduza por trazer uma tendência construtiva e social, sendo relativamente clara nos fins que propõe, ela não fornece, em contrapartida, uma justificação das medidas estatais necessárias para a sua efetivação (1986, p. 20).

O termo ressocialização é vago, não havendo muita preocupação das agências integrantes do sistema penal com a sua delimitação, determinação e efetivação. Colocar o indivíduo em um estabelecimento penitenciário e deixá-lo lá pelo tempo em que foi condenado não cumpre qualquer medida de ressocialização, demonstrando que não há uma conexão prática entre os fins a que se propõe o Direito Penal, positivados de forma negligente pelo Poder Legislativo e ignorados pelo Poder Judiciário no momento de determinação e individualização da pena, restando aos órgãos executivos a tarefa de efetivar um programa de ressocialização inconsistente por natureza.

O maior problema concernente à idéia de tratamento ressocializador do indivíduo talvez seja, contudo, o meio empregado. Tentar vestir a aplicação da pena de prisão, muito mais antiga do que a preocupação para com o condenado, com o manto da ressocialização é uma pretensão que deve ser veementemente rechaçada. Não há qualquer idoneidade na prisão para realizar tal propósito e fazê-lo apenas representa uma tentativa de legitimar somente no plano das intenções

algo que na prática não ocorre e não pode ocorrer, pelo menos não em nossas sociedades latino-americanas. Nas palavras de Cervini:

“Atualmente, nenhum especialista entende que as instituições de custódia estejam desenvolvendo as atividades de reabilitação e correção que a sociedade lhes atribui. O fenômeno da prisionização ou aculturação do detento, a potencialidade criminalizante do meio carcerário que condiciona futuras carreiras criminais (fenômeno de contágio), os efeitos da estigmatização, a transferência de pena e outras características próprias e toda instituição total, inibem qualquer possibilidade de tratamento eficaz e as próprias cifras de reincidência são por si só eloqüentes. Ademais, a carência de meios, instalações e pessoal capacitado agravam esse terrível panorama.” (1995, p. 44)

Prossegue Cervini afirmando que, qualquer que seja o conceito de ressocialização que se adote, em sua essência, ressocializar supõe um processo de interação e comunicação constante entre o indivíduo e a sociedade, processo este que não pode ser determinado unilateralmente por nenhum dos pólos. A troca de experiências é fundamental para que se realize uma integração que tenha um resultado minimamente aceitável, o que, evidentemente, não pode ser imposto pela sociedade por meio de uma pena restritiva de liberdade, a ser cumprida em um estabelecimento que priva o sujeito da convivência que seria essencial para que se pudesse falar em ressocialização.

Existem ainda sérios problemas no que diz respeito à ideologia do tratamento ressocializador. O primeiro deles se relaciona com a seletividade. A terapia ressocializadora tende a ser vinculada aos indivíduos marginais, por não se integrarem aos padrões culturais estabelecidos, tornando-se pessoas indesejáveis na sociedade. Tal tratamento criminoso e criminógeno, sendo que o senso comum incriminador permite a visualização de um tratamento através da pena para aqueles que não têm lugar na sociedade capitalista de consumo. Mas isso, evidentemente, não pode ser admitido em nossa ordem constitucional.

Por fim, se a pena pressupõe um tratamento, ela deve ser aplicada somente aos que efetivamente necessitam de uma terapia. Contudo, não há qualquer base para se estabelecer quem, dentre os indivíduos que são interiorizados pelo sistema penal, precisam ou não de tratamento. Não há fundamentação adequada para se apontar quais os autores que precisam de um tratamento por terem cometido furtos, roubos, estelionatos, homicídios, abortos e outros fatos considerados como crime, mas que possuem características e perfis de autoria extremamente diferentes si. Ainda que se uma triagem pretensamente fundamentada em estudos e análises

supostamente científicos, apontando-se os que deveriam ser tratados socialmente, é de total irracionalidade aplicar-lhes o mesmo tratamento, ou seja, a pena de prisão.

2.3.3 As teorias de prevenção geral

As teorias que tratam da prevenção geral da pena postulam que a pena tem uma função perante a comunidade em geral e perante potenciais infratores em particular. A pena, portanto, não está atrelada ao infrator individualmente considerado (aquele que já se inseriu no sistema penal), mas funciona como algo que paira sobre a comunidade. Essas teorias dividem-se basicamente em duas correntes, denominadas teorias de prevenção geral *negativa* e *positiva* (MOLINA; GOMES, 1997, p. 476 e ss.).

De um lado, a corrente que postula o efeito de prevenção geral *negativa* baseia-se na teoria de Feuerbach (1997, p. 477), para quem a pena possui caráter de coação psicológica, produzindo um efeito de intimidação sobre a população, funcionando como um elemento capaz de dissuadir o potencial infrator. Bastante criticada, essa corrente não possui fundamentação empírica, representando muito mais a intuição de seus apoiadores do que o efetivo resultado de pesquisas práticas. Basta se verificar que a condenação à morte é efetivamente aplicada nos lugares em que resiste como “pena” porque evidentemente não previne que o delito seja cometido.

De outro lado, a corrente partidária do efeito de prevenção geral *positivo*, sustentada por Jakobs e Hassamer (1997, p. 477), tomam a pena como forma de atualização da vigência e confirmação das normas e valores do ordenamento jurídico, restabelecendo-se as expectativas normativas toda vez que alguém infringisse uma norma de direito penal e fosse devidamente penalizado. A pena teria, assim, a capacidade de motivar as pessoas a atuarem de acordo com o direito.

Se há uma crítica de médio alcance a esta teoria *positiva* ela é no sentido de que naqueles Estados que têm problemas estruturais com relação ao sistema penal,

como é o caso do Brasil e dos países da América Latina, evidentemente não há como se restabelecer satisfatoriamente a expectativa normativa em virtude do cometimento de uma infração penal, tendo em vista o alto índice de impunidade, muito devido à incapacidade estrutural do sistema de interiorizar todos os delitos. É de se observar que essa corrente faz com se estimule o fortalecimento do aparato de repressão estatal por meio de investimento nas agências que compõem o sistema penal, desde a polícia até os órgãos de execução penal, passando pelo Poder Judiciário. Mas uma mera observação comparada já nos permite verificar que nos Estados Unidos, país onde há altíssimos investimentos no sistema penal, principalmente em locais como Nova Iorque, cidade pioneira na aplicação da política de tolerância zero (altamente seletiva e preconceituosa, representando verdadeira punição da miséria), não se pode falar em prevenção do delito devido à atualização da vigência e confirmação das normas do ordenamento jurídico-penal. Por evidente, mais pessoas são presas e condenadas, acarretando um incremento astronômico da população carcerária, que cumpre penas em presídios onde as condições são melhores do que Brasil, mas isso não é capaz de evitar que outros delitos sejam cometidos.

Por sua vez, Roxin faz um questionamento eloquente quanto a essas teorias, colocando-as em cheque: “como pode justificar-se que se castigue um indivíduo não em consideração a ele próprio, mas em consideração a outros?” (1986, p. 24). Essa crítica de Roxin traz em sua essência o pensamento de Kant, para quem o indivíduo “nunca pode ser utilizado como meio para as intenções de outrem, nem misturado com os objetos do direito das coisas, contra o que o protege a sua personalidade natural” (1996, p. 16). Dentro do nosso ordenamento, em que os indivíduos são pessoas, consideradas sempre como sujeitos de direitos, é inaceitável que se aplique uma pena a um sujeito com o fim de utilizar esse ato “exemplar” como forma de intimidação, dirigido aos demais membros da comunidade. Quando isso ocorre, o indivíduo deixa de ser julgado segundo a medida de sua pessoa, passando a sê-lo segundo a mera utilidade que tem para os fins de outras pessoas (1986, p. 34).

3 Concepção de Direito Penal e a situação da Lei n. 9.099/95

3.1 Direito Penal fundado politicamente

A Sociologia em geral e a Sociologia Jurídica em particular, principalmente após a segunda metade do século XX, trazem um saber novo para o debate no que diz respeito ao Direito Penal. Foi a partir do desenvolvimento do que se chamou de teoria do *labelling approach* (teoria do etiquetamento), dentre outros estudos desenvolvidos no âmbito da Sociologia, que se permitiu um olhar de fora para dentro do Direito Penal, questionando-se o olhar dos juristas que restringiam-se ao Direito Penal visto de dentro e para dentro. Isto permitiu por exemplo que se verificasse que o crime não é um dado, mas um construto social, e que o criminoso não tem essa condição como algo inerente a sua pessoa, mas é uma pessoa a quem se atribui tal característica. Assim, tornou-se possível desenvolver estudos de Direito Penal a partir do questionamento acerca de qual deve ser a sua finalidade e qual deve ser a sua função dentro do ordenamento jurídico e perante determinada comunidade.

Com esses estudos sociológicos e antropológicos surgem duas correntes que identificam a perversidade do sistema penal da forma como ele opera, propondo alternativas: o abolicionismo penal e o direito penal mínimo.

3.1 Abolicionismo

O abolicionismo nega não só a legitimidade do sistema penal da forma como se verifica na sua atuação na realidade social contemporânea como também nega qualquer outro sistema penal que se possa conceber, como alternativa a modelos formais e abstratos de solução de conflitos por instâncias ou mecanismos informais (ZAFFARONI, 1991, p. 88).

A corrente abolicionista, para Roxin, parte do pressuposto de que através de um controle de natalidade, de mercados comuns e de uma utilização racional dos recursos de nosso mundo, seria possível criar uma sociedade que eliminasse as causas do crime, reduzindo, portanto, drasticamente aquilo que hoje chamamos de delinquência ou criminalidade (ROXIN, 2001, p.460).

Entretanto, Roxin considera que as circunstâncias sociais determinam mais o “como” que o “se” da criminalidade, argumentando que quando as camadas sociais mais baixas passam fome e podem ser consideradas como grandes em proporção ao total da população, como é o caso dos países marginais, surge uma grande criminalidade de pobreza (Armuts kriminalität). Entretanto, quando a maioria vive em boas condições econômicas, desenvolve-se a criminalidade de bem-estar (Wohlstandskriminalität), que se relaciona ao desejo de sempre aumentar as posses e, através disso, destacar-se na sociedade. Nesse sentido, Roxin cita a Alemanha como exemplo, uma vez que esse país vem gozando desde o pós-gerra de um nível de bem-estar cada vez maior, com uma população sempre decrescente, mas a criminalidade aumentou de modo considerável.

Diante disso, Roxin questiona o sistema abolicionista, afirmando que a situação do delinquente não melhoraria se o controle do crime fosse transferido para uma instituição arbitral (Schlichtung) independente do Estado e formulando questionamentos preocupantes para qualquer sociedade minimamente democrática, mas extremamente preocupantes para sociedades como as encontradas na América Latina.

“Nesse caso, quem haveria de compor e fiscalizar essas instancias de controle? Quem garantiria a segurança jurídica e evitaria o arbítrio? E, principalmente: como se poderia evitar que não fossem pessoas justas e que pensem socialmente, mas sim os poderosos a obter o controle, oprimindo e estigmatizando os fracos? A discriminação social pode ser pior que a estatal. Liberar o controle do crime de parâmetros garantidos pelo Estado e exercidos através do órgão judiciário iria nublar as fronteiras entre o lícito e o ilícito, levar à justiça pelas próprias mãos, com isso destruindo a paz social. Por fim, não se vislumbra como, sem um direito penal estatal, se pode reagir de modo eficiente a delitos contra a coletividade (contravenções ambientais ou tributárias e demais fatos puníveis economicamente).” (2001, p. 462)

3.2 Direito Penal Mínimo

O direito penal mínimo, para Zaffaroni, nega a legitimidade do sistema penal da forma como se encontra, mas acredita em uma proposta penal alternativa de redução do alcance do sistema penal por meio do direito penal contraído, que considera como um mal menor necessário. Esse autor entende que o direito penal mínimo é uma proposta a ser apoiada por todos os que deslegitimam o sistema penal, não como uma meta insuperável, mas como um meio de passagem para o abolicionismo, por mais inalcançável que este parece hoje (1991, p. 106).

Nesse caminho de passagem, o direito penal mínimo deve ser sustentado não no argumento iluminista de que o Direito Penal tem suas bases na capacidade de evitar a autotutela e a vingança, mas no argumento de que o minimalismo penal deve permanecer e até ampliar seu âmbito de aplicação como programação da operacionalidade do órgão judiciário, fazendo com que a intervenção desse órgão se torne menos violenta do que outras formas ou modelos de decisão de conflitos disponíveis (1991, p. 107).

Roxin, por sua vez, adota para si a corrente do direito penal mínimo, entendendo que o Direito Penal deve se prestar a proteger bens jurídicos e não a validade da norma³⁵, como faz a teoria sistêmica desenvolvida por Jakobs, sendo inconcebível também que o Direito Penal proteja a moral, sempre imposta por determinada camada da sociedade.

Assim, pode-se dizer que tanto Roxin quanto Zaffaroni trabalham com uma concepção de direito penal fundado político-criminalmente, pois o direcionamento do Direito Penal vigente em determinada sociedade, a ser aplicado pelos órgãos do sistema penal, para esses autores, deve ser formulado a partir da observação da realidade.

Partidário do Direito Penal mínimo como uma “meta insuperável” (ROXIN, 2001, p. 474), naquela linha de raciocínio de Zaffaroni, Roxin desenvolve sua teoria

³⁵ Pode-se observar que Roxin faz um contraponto à tese de Gunther Jakobs, uma vez que identifica nela uma concepção teleológica sistêmica de teoria geral do delito e de Direito Penal sendo, entretanto, estritamente normativa, o que a torna adequada, como Jakobs mesmo reconhece, tanto a um Estado Escravocrata quanto “à nossa sociedade moderna livre” (2010, p. 33 e 34)

teleológica do delito como uma crítica às teorias do delito de base ontológica, precursoras da dogmática penal moderna. Para ele, a Política Criminal, com foco nas concepções acerca dos fins das penas, tem de determinar o tratamento da dogmática penal. Os problemas político-criminais, em Roxin, formam parte do conteúdo da teoria geral do delito (1986, p. 15), sendo que esse autor busca deduzir as categorias que compõem essa teoria normativamente, dos fins do Direito Penal, cuja tarefa é a proteção de bens jurídicos, mas somente quando essa proteção não possa ser alcançada por meio de outras medidas sócio-jurídicas menos gravosas (como os conselhos comunitários, ou mesmo institutos previstos no âmbito do Direito Administrativo, do Direito Civil, do Direito Público, etc.), pois o princípio da proporcionalidade exige que o Estado se dê por satisfeito com a intervenção menos intensa possível. Isso significa: a tarefa do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos.

O ponto de partida da concepção de injusto desenvolvida por Roxin é normativo na medida em que é reconduzido ao fim do Direito Penal como proteção subsidiária de bens jurídicos. Ocorre, no entanto, que esse padrão normativo se materializa na plenitude das manifestações da vida, e, por levar em conta essa realidade, é saturado de dados empíricos. Daqui surge a teoria da imputação objetiva, que responde à pergunta de como o legislador pode alcançar o fim do Direito Penal (proteção de bens jurídicos): deve-se proibir todas as ações que representem um risco não permitido para o bem jurídico protegido e imputar ao autor o resultado típico, que surge como realização de um risco não permitido (ROXIN, 2010, p. 34 e ss.).

Quanto à culpabilidade, Roxin não a vê como conceito compreensivo dos elementos subjetivos do tipo (teoria causalista), nem como reprovabilidade (teoria finalista), nem como imputação realizada segundo fins estatais (teoria sistêmica de Jakobs). Culpabilidade para Roxin é a realização do injusto apesar da idoneidade para ser destinatário de normas. Idônea para ser destinatária de normas é qualquer pessoa que esteja fundamentalmente em condições de compreender as proibições e mandatos penais e orientar seu comportamento de acordo com eles. Para avaliar se alguém possui essas condições normalmente basta a observação das outras pessoas, ou, nos casos duvidosos, essas condições podem ser determinadas por meio de um parecer psicológico ou psiquiátrico.

Esse conceito de culpabilidade tem duplo significado para Roxin. Primeiro, deixa o Direito Penal livre da discussão a respeito da liberdade de vontade pois, quando uma pessoa é idônea para ser destinatária de normas, isto é, quando consegue em princípio se orientar por normas, então um fato que ocorra sem coação e que corresponda ao seu desejo deve ser a ela imputado como ação livre e punível, se tiver ocorrido a violação de uma norma penal, ainda que essa ação seja de alguma forma condicionada pela estrutura de seu cérebro. Segundo, a determinação da culpabilidade e sua extensão estabelecem um limite para a intervenção estatal: ninguém pode ser punido sem culpabilidade e ninguém pode ser punido de forma mais gravosa do que a correspondente ao grau de sua culpabilidade.

Nesse sentido, Roxin lembra que o Tribunal Constitucional alemão alçou esse assim denominado “princípio da culpabilidade” a um nível constitucional e o fundamentou de acordo com três argumentos: direito fundamental de livre desenvolvimento da personalidade, proibição de excesso e dignidade humana. De maior relevo é a derivação do princípio da culpabilidade da dignidade humana, que não admite qualquer limitação ou ponderação: se alguém for punido por um fato pelo qual não possa ser responsabilizado como pessoa em razão de um comportamento culpável, estará essa pessoa sendo instrumentalizada para fins que não se compatibilizam com a garantia de sua autonomia. Isto é, se a pena passa de sua culpabilidade, o indivíduo é instrumentalizado para fins alheios à sua pessoa.

Roxin entende que a categoria sistemática posterior ao injusto seria, contudo, a responsabilidade, que corresponde à culpabilidade acrescida da necessidade preventiva de punição. Essa categoria, a responsabilidade, apenas se define a partir da pena a ser aplicada concretamente. A pena com esse fim é a prevenção limitada pela culpabilidade. Quando esse for o caso, a punição, cuja elaboração sistemática cabe a essa categoria do delito, pressupõe duas ordens de considerações: a culpabilidade do autor, imprescindível para possibilitar uma punição e cuja extensão determina os limites da sanção; e a necessidade preventiva de punição.

Zaffaroni, por sua vez, analisando o modo como o poder do sistema penal age, principalmente nos países marginais, onde a violação de direitos e princípios humanitários é mais evidente do que nos países centrais, considera o discurso jurídico-penal oficial como um discurso que traz tentativas de respostas legitimantes

do sistema penal, visto por ele como exercício de poder irracional, principalmente quando utilizado pela agência judicial como resposta criminalizante. Acrescenta-se a isso afirmação de que o verdadeiro e real poder do sistema penal não é o poder repressor que passa pelas mãos do órgão judicial: “O poder não é mera repressão (não é algo negativo); pelo contrário, seu exercício mais importante é positivo, configurador, sendo a repressão punitiva apenas um limite ao exercício do poder” (ZAFFARONI, 1991, p. 23). Assim, Zaffaroni parte da deslegitimação do sistema penal para definir o direito penal (o saber jurídico-penal) como a:

a reconstrução discursiva que interpreta as leis de conteúdo punitivo (leis penais) para dotar a jurisdição dos limites exatos para o exercício de seu poder decisório e de modelos ou opiniões não contraditórios para os conflitos que o poder das demais agências seleciona a fim de submetê-los à sua decisão, de modo a proceder de forma socialmente menos violenta. (1991, p. 207)

É de se observar que, para Zaffaroni, a agência judicial é aquela que detém o poder de seguir ou não com a criminalização dos indivíduos que lhe são apresentados, criminalização essa que já se iniciou com a agência policial, cujo papel se exerce essencialmente por meio da arbitrariedade seletiva inerente ao sistema penal. Nesse sentido, Zaffaroni propõe que o único exercício legítimo de poder por parte da agência judicial seria no sentido de que sua atuação seja pautada pela redução da irracionalidade do sistema penal, atuando-se, portanto, dentro de uma concepção de Direito Penal mínimo.

A partir desse prisma, Zaffaroni ressalta que a necessidade de uma resposta político-criminal de direito penal mínimo se faz por somente assim se atender aos imperativos jus-humanista e ético. De acordo com o primeiro, entende-se que os direitos humanos, como consagrados pelo Direito Internacional, além da próprio aparato constitucional, que é construído sobre a égide desses direitos (tidos na ordem interna como direitos fundamentais), não representam uma simples “ideologia instrumental”, mas uma forma de consciência mais ou menos universal que constitui uma ideologia programática para toda a humanidade. Assim, os direitos humanos representam o que Zaffaroni chama de “um programa de longo alcance de transformação da humanidade” que deve realizar-se como transformação social e individual, sendo que a sua positivação serve como demonstração de que não são naturalmente respeitados (1991, p. 148 e 149).

A resposta como imperativo ético se faz a partir da constatação de que não se pode suportar uma vida em comunidade presenciando-se no cotidiano as atrocidades que se produzem pelo sistema penal. A constatação da morte, cuja escala de grandeza na América Latina permite a Zaffaroni falar em genocídio, faz com que, a partir de qualquer dos enunciados de objetivação mínima de necessidade ética (evangélico, kantiano ou jus-humanista), seja necessário buscar uma alternativa que, no mínimo, a reduza (1991, p. 154 e 155).

3.2.1 O delito

As condutas tipificadas em um Código Penal não têm qualquer semelhança entre si, principalmente quando se comparam condutas que lesam bens jurídicos distintos. Da mesma forma, não há qualquer homogeneidade na resposta dada ao autor do fato, pelo sistema penal, quando se analisam condutas distintas, é dizer, a quantidade proporcional de delitos que chegam à agência judicial e são por elas efetivamente tratadas com punição varia de acordo com o delito cometido, uma vez que o significado social das condutas é diferente. Ao observar a operatividade do sistema penal nas hipóteses conflitivas, percebe-se que ele não intervém na maioria dos casos quando se trata de subornos e estupros, uma vez que apenas uma fração ridiculamente ínfima desses casos chega à agência judicial, intervindo somente em alguns casos quando se tratam de outras condutas como, por exemplo, o homicídio, e nunca intervém em outros tantos casos, como era o adultério, apesar da grande freqüência com que ocorriam, tendo inclusive saído do âmbito de proteção penal (1991, p. 207).

O caso do adultério é exemplificativo para esse argumento. A conduta tipificada não passou da moda, sendo que não é de se duvidar que ocorram com grande freqüência na nossa sociedade. O fato de ter deixado de merecer uma resposta dentro do sistema penal se deve a alguns fatores como a inaptidão da norma penal para coercitivamente evitar a prática da conduta, a completa irracionalidade de se aplicar uma pena de detenção para o réu e co-réu, além da constatação de que a proteção não incidia sobre um bem jurídico, mas sobre valores

éticos que pautavam uma moral a ser aceita. Entretanto, deve-se ressaltar aqui o ponto de que quanto a essa conduta, que antes era considerada como crime pelo discurso jurídico-penal e agora não é mais, não houve uma alteração estrutural ou essencial, inerente à própria conduta, que ensejasse uma mudança de resposta, mas apenas deixou-se de chamá-la de crime.

Assim, Zaffaroni e Pierangeli afirmam que “não há nada em comum entre a conduta de quem emite um cheque sem provisão de fundos e a de quem ataca uma mulher e a estupra, isto é, que se trata de duas ações com significado social completamente distinto” (2011, p. 59).

É esse significado social e a maior ou menor lesividade social da conduta, aos olhos de quem detém o poder de controle social, que irão diferenciar quais serão as condutas a merecer atenção do discurso jurídico-penal e ainda qual será a resposta dada pelo sistema penal ao autor do fato. Apesar dessas constatações, é de se observar que o discurso jurídico-penal insiste em tratar todas as condutas às quais atribui as características de delito de forma “unitária”, pois oferece um “conceito unitário” de delito.

No que diz respeito ao “conceito unitário” de delito, expresso mediante uma elaboração teórica chamada de “teoria do delito”, cuja definição usualmente é a de que delito é uma ação típica, antijurídica e culpável, Zaffaroni esclarece que esse conceito jurídico não é outra coisa senão *“a síntese dos requisitos que devem estar presentes em qualquer ação conflituosa de um autor selecionado pelo poder do sistema penal, para que a agência judicial responda afirmativamente quanto ao prosseguimento do processo de criminalização já em curso”* (1991, p. 247).

A crítica, aqui, se opera no sentido de que falar “do” delito, mesmo sabendo-se que “o” delito não existe, seria quase um equívoco lingüístico, uma vez que, “onticamente falando só existem conflitos arbitrariamente selecionados, e, juridicamente, somente um conjunto muito homogêneo de hipóteses conflituosas, com muito boa vontade, podem ser chamados de ‘delitos’” (1991, p. 248).

Assim, Zaffaroni propõe uma nova definição, agora fundada na observação da realidade fática, segundo a qual:

“delitos” seriam as condutas conflituosas que dão lugar a uma decisão criminalizante afirmativa por parte da agência judicial, que decide não interromper a criminalização em curso, ao passo que, por outro lado, “teoria do delito” é somente o “nomenjuris” de uma parte do discurso jurídico-penal que explicita de forma orgânica o conjunto dos requisitos que a agência judicial deve

exigir antes de decidir-se afirmativamente pelo prosseguimento do processo de criminalização. (1991, p. 248)

A constatação de que não há uma definição unitária de delito parece ser ponto fulcral para a compreensão de como se deve pautar uma concepção de direito penal fundado politicamente. A cegueira produzida a partir desse “conceito unitário” faz com que o discurso jurídico-penal oficial, ao menos em princípio, ofereça aos diferentes tipos de conflitos uma resposta oficial também unitária, que é o encarceramento, ao passo que também impede que a própria compreensão do que seriam as chamadas penas alternativas.

É nesse ponto que encontramos um dos maiores impasses no debate sobre as penas e medidas alternativas, pois a amplitude desse “conceito unitário” de delito permite que as partes que compõem o debate façam distintas representações do que vem a ser “o” delito a partir de suas próprias experiências pessoais, sendo frequentemente cria-se um entrave ao debate quando se coloca as medidas alternativas como respostas a delitos cuja representação muitas vezes restringe-se aos crimes contra a vida e contra o patrimônio cometidos com violência contra a pessoa.

3.2.2 Finalidade da punição

As teorias dos fins de retribuição, prevenção geral e prevenção especial da pena, tratadas no capítulo anterior, se mostraram insuficientes para legitimar a cominação de pena pela legislação penal e a efetiva punição realizada pelo sistema penal que passa pelo crivo do Poder Judiciário. Em vez de os pontos falhos dessas teorias terem sido superados, abriu-se com certa flexibilidade, caminho à chamada teoria unificadora, que combina as três versões entre si. É nesse sentido que o nosso Código Penal adotou tais teorias, como se pode verificar da previsão legal de que o juiz estabelecerá as penas dentre as cominadas, determinando inclusive a quantidade e o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua

substituição quando cabível, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do delito”³⁶.

Roxin entende que essa teoria unificadora tem seu fundamento na percepção, que é correta na opinião do autor, de que cada uma das concepções de finalidade da pena contém pontos de vista aproveitáveis e outros que tornam-se falhos no momento em que são aplicados na realidade fática, sendo um erro tratá-las de modo absoluto, considerando-as em separado. O problema identificado nessa teoria seria, contudo, a incapacidade de sanar tais defeitos dessas teorias justapondo simplesmente as três concepções, o que forçosamente tem de fracassar, “já que a mera adição não somente destrói a lógica imanente à concepção, como aumenta o âmbito de aplicação da pena, a qual se converte assim num meio de reacção apto para qualquer realização” (1986, p. 26).

Com essa crítica, Roxin identifica que o direito penal enfrenta o indivíduo a partir de três pontos distintos: ameaçando, impondo e executando penas (1991, p. 27 e ss.). Assim, cada uma dessas atividades estatais necessita de justificação em separado, sendo que deve-se ter em conta que os distintos estágios de realização dessa atuação do poder do sistema penal deve necessariamente acolher em si os princípios inerentes ao estágio anterior.

No primeiro estágios dessa atuação estatal cuida eminentemente da prática legislativa. É de se observar que o Estado utiliza a sanção penal como ameaça, cuja finalidade situa-se no campo da prevenção geral, com a intenção de coibir a prática de uma conduta delitiva informando ao infrator em potencial que ele será punido com determinada pena caso venha a efetivamente praticá-la. É no interesse da observação da segurança jurídica e do princípio da legalidade que a cominação penal opera, para além da prevenção geral, sendo exigência inquestionável para todo Estado de Direito, devido ao princípio *nulla poena sine lege*.

Roxin entende que as cominações penais se justificam pela necessidade de proteção preventivo geral, sempre subsidiária e fragmentária, de bens jurídicos. Aqui, o indivíduo está obrigado a suportar a pena em atenção à comunidade devido a uma violação ao dever de observar o ordenamento jurídico-penal. Isso porque o indivíduo, como cidadão, assume a co-responsabilidade pelo destino de sua comunidade, sendo que tem de responder pelos seus atos. A pena que

³⁶ Código Penal, art. 59, *caput* e incisos I a IV.

eventualmente venha a ser atribuída ao indivíduo, contudo, deve observar, como limite, a sua culpa no caso concreto, pois, não se limitando a pena à culpa individual, pretendendo-se aplicar ao indivíduo uma punição “exemplar”, que pretenda expiar as tendências criminosas de outros, havendo flagrante violação da dignidade humana. Nesse sentido, enquanto a medida da culpa por si só limita a pena, a culpa, por si só, não pode fundamentar a pena, porque o caráter subsidiário do direito penal o impede.

O direito penal, ao aplicar uma pena, só está legitimado a fazê-lo quando, além da culpa, a pena possuir características de prevenção geral e especial. Desse modo, o bem jurídico recebe dupla proteção: de um lado, uma “proteção *através* do direito penal”; de outro, uma proteção “*ante* o direito penal, cuja utilização exacerbada provoca precisamente as situações que pretende combater” (1986, p. 28). Isto é, o exercício exagerado do poder punitivo estatal afeta inúmeros bens jurídicos, agora daqueles indivíduos que ingressam em tal sistema, sendo que o princípio da subsidiariedade tem de ser realmente levado a sério para que, por meio do próprio direito penal, tais bens jurídicos sejam também protegidos, somente sendo restringidos ou privados quando for estritamente necessário.

O segundo estágio atuação do poder do sistema penal trata da fase de aplicação e graduação da pena, cujo principal ator é o órgão jurisdicional que representa o Poder Judiciário. Aqui, observa Roxin, é onde se concretiza a prevenção geral, uma vez que a ameaça de pena não valeria nada se não fosse efetivamente empregada uma sanção a quem desrespeitasse a norma penal. Entretanto, o autor pondera que a aplicação da pena só se justifica na medida em que se conseguir harmonizar a sua necessidade para a comunidade jurídica com a autonomia da personalidade do indivíduo infrator. Disso derivam duas exigências impostas por um direito penal mínimo: a primeira é a impossibilidade de se submeter o particular a qualquer situação degradante, quanto mais como forma de privação da livre determinação de suas declarações; a segunda é a limitação da pena até o limite da culpa individual do infrator. Roxin ressalta que utilizar a culpa como fundamento da pena é inadequado, tendo em vista que a imposição de pena como castigo não é aceitável no Estado de Direito. Entretanto, a pena não pode ultrapassar a medida da culpa verificada no caso concreto, cuja função é “assegurar ao particular que o Estado não estenda o seu poder penal, no interesse da prevenção geral ou especial,

para além do correspondente à responsabilidade de um homem concebido como livre e susceptível de culpa” (1986, p. 36).

O terceiro estágio da atividade estatal corresponde à execução penal, que só pode ser justificada mediante o seu conteúdo ressocializador. Isto é, a execução da pena somente se pode prosseguir na medida em que ela tenha um conteúdo reintegrador e reparador. Nas palavras de Roxin:

tanto quanto a autonomia da personalidade do condenado e as exigências iniludíveis da prevenção geral o permitam, os únicos fins legítimos de execução são os ressocializadores. Concretamente, é inadmissível infligir um mal a um sujeito com o mero fim de retribuição. Bem pelo contrario, como o estabelecimento da paz jurídica é o único fim que legitima a pena, esta tem de adquirir um sentido construtivo, o que também é possível quando a personalidade do sujeito não necessita de uma especial promoção terapêutico-social.

Assim, no caso limite daquele que se converteu em assassino por uma motivação irrepetível, há que executar a pena de modo a dar-se a oportunidade ao sujeito de exercitar as suas forças no estabelecimento de um modo de vida produtivo e de acordo com as suas aptidões, e de que, dessa forma, o produto do seu trabalho chegue aos herdeiros da vítima e a pessoas necessitadas. Se se entender o conceito de ressocialização num sentido mais amplo, como reparação do dano, mesmo nestes casos pode o delinqüente com o seu honrado esforço conseguir forças construtivas para a sua personalidade, em lugar de a pena de vários anos de privação da liberdade ter como consequência um embratecimento prematuro que pode ir até ao vegetar abúlico do sujeito, como ocorre atualmente. E igualmente nas curtas penas privativas da liberdade, se deve conferir em geral um maior realce à idéia de reparação de danos. (1986, p. 40)

Ressalta Roxin, contudo, que qualquer esforço de ressocialização por parte do Estado não passa de uma oferta que se faz ao indivíduo para que se ajude a si próprio, mas que invariavelmente há de fracassar se ele não estiver disposto a também se esforçar nesse sentido. O que não retira a obrigação por parte da comunidade em face do indivíduo infrator, pois “assim como este é co-responsável pelo bem-estar da comunidade, aquela não pode iludir a responsabilidade pela sua sorte” (1986, p. 43). Lembra ainda o autor que nunca será possível acabar completamente e para sempre com a criminalidade, da mesma forma que é raro encontrar-se uma existência individual sem falta ou sem tragédia.

Nesse sentido, a missão do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos e a prestação de serviços estatais por meio da tarefa de prevenção geral e especial, respeitada a personalidade individual através da medida da culpa. Assim, Roxin atribui à sua concepção o nome de teoria unificadora dialética, que deve ser

claramente distinguida das teorias individualmente consideradas e também da teoria dominante da unificação por adição (1986, p. 43).

3.3.3 As medidas despenalizadoras e a finalidade da punição

Essa teoria dialética de Roxin, em que pese seu esforço argumentativo, ao que nos parece, só pode alcançar satisfatoriamente suas pretensões em um sistema penal que preveja e efetivamente aplique outras penas além da pena privativa de liberdade. Para Cervini, esse processo é denominado desinstitucionalização e se materializa com a redução da quantidade de presos tanto quanto possível, institucionalizando no sistema prisional apenas os casos extremos (1995, p. 71).

Segundo Cervini, esse enfoque de desinstitucionalizar passa por três ordens de medidas. A primeira é a reduzir o número de internos em estabelecimentos penitenciários reformulados, “nos quais a vida atrás dos muros desenvolve-se em termos similares aos que imperam no mundo exterior, organizando-se inclusive as ‘prisões abertas’ e ‘prisões albergues’” (1986, p. 71)³⁷. A segunda é substituir as penas privativas de liberdade por outras penas. A terceira parte de um questionamento mais radical sobre a idoneidade da pena como solução de conflitos, surgindo apontamentos no sentido de diversificar as reações jurídicas aos conflitos sociais.

Observa-se que há um problema conceitual ao se tratar de pena, o que gera algumas complicações para o diálogo acerca da redução da intervenção do sistema penal. Ocorre que ainda há uma forma de representação hegemônica da pena consubstanciada na pena privativa de liberdade, o que limita a possibilidade de implementação de outras respostas ao conflito.

³⁷ Os Centros de Reintegração Social da APAC obtiveram enorme sucesso em Minas Gerais, sendo que, onde implantados, alcançaram “90% de recuperação dos condenados” (ANDRADE, Joaquim Alves de. *APAC – uma experiência feliz do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais: o Projeto Novos Rumos na Execução Penal* in *Estudos de Execução Criminal: Direito e Psicologia*. Tribunal de Justiça de Minas Gerais : Belo Horizonte, 2009.

Álvaro Pires busca em Montesquieu a seguinte definição de pena: “tudo o que a lei chama de pena é efetivamente uma pena” (2011, p. 33). Essa definição é aparentemente circular, mas Pires acredita que trata-se em verdade de uma definição que pode ser amplamente trabalhada no campo das alternativas penais. Como exemplo, a Lei de Drogas é citada por trazer uma inovação legislativa no que se refere ao seu artigo 28, que é norma penal incriminadora, mas não contém em seu preceito sancionador as penas tradicionais de prisão e multa, o que faz parte da doutrina acreditar que houve uma descriminalização, mas o que ocorreu nesse caso é despenalização – não no sentido de despir a norma penal de preceito sancionador, mas de atribuir-lhe novas sanções. Segundo essa definição de Montesquieu, tais medidas adotadas ali seriam efetivamente pena. De fato, a partir dessa definição parece ser possível indicar novas penas, abrindo-se o leque de opções para que a solução do conflito no caso concreto seja efetivamente atingida, dentro de um conceito de justiça restaurativa, permitindo-se que as finalidades da pena sejam alcançadas com muito mais sucesso – ou com muito menos desastre – do que as penas tradicionais.

Acreditamos que passa por aqui uma interpretação do que vem a ser as medidas despenalizadoras na Lei n. 9.099/95. Em que pese as medidas de reparação civil dos danos, transação penal e suspensão condicional do processo não serem consideradas como pena pela legislação, elas efetivamente impõem restrições e condições a serem cumpridas por determinado período para que seja extinta a punibilidade do autor, o que também parece ser uma inovação no campo legislativo, aqui operada através da diversificação. Elas funcionam como se de fato fossem pena, com a exceção de não ter sido o indivíduo submetido à medida julgado. É daqui que surge uma das mais importantes críticas à referida lei, a ser tratada no capítulo seguinte, no sentido de que a imposição de pena sem processo viola um princípio constitucional extremamente caro ao direito penal. O que interessa por enquanto é que, consideradas como pena, as medidas alternativas parecem ser muito mais aptas a realizar os fins propostos pelas teorias da pena.

Sob o imperativo de se adotar um direito penal mínimo, diminuindo-se a intervenção punitiva estatal, não há outra saída senão a descarcerização do sistema penal. Como restou comprovado, a pena privativa de liberdade não cumpre as finalidades amplamente divulgadas pelo discurso oficial do sistema penal, servindo como instrumento altamente seletivo e criminógeno. Desse modo, Zaffaroni entende

que a intervenção mínima deve ser amplamente adotada como tática para uma ação deslegitimante desse sistema. Nas palavras do autor:

A diminuição da intervenção penal através da descriminalização, da “diversion” e do princípio da oportunidade de ação penal são, obviamente, caminhos que possibilitam a diminuição da violência do sistema penal, desde *que a renúncia à intervenção do sistema penal não constitua o poder das outras agências*. A renúncia à intervenção punitiva deve ser tratada como forma de *renúncia real ao modelo punitivo considerado onticamente*. (1991, p. 177)

Como explica Raúl Cervini, não existe consenso entre os autores no que se refere à definição de conteúdo dos conceitos de diversificação, despenalização e descriminalização. Da conjugação dos enfoques doutrinários de Zaffaroni, Castro e Reta, Cervini procura delimitar o que seria o núcleo, os “conceitos-base” dessas medidas de desinstitucionalização (1995, p. 71 e ss.).

Descriminalização é sinônimo de retirar, formalmente ou de fato, do âmbito do Direito Penal certas condutas que não são consideradas graves, resultando em uma abstenção de uma resposta estatal que se utiliza do aparato do sistema penal. Assim, diferencia-se três hipóteses de descriminalização: em sentido estrito, formal ou de jure (que é a efetiva revogação de tipo penal incriminador); substitutiva (em que as penas são substituídas por outros tipos de sanções); e, de fato (em que o sistema penal deixa de funcionar no caso concreto, sem que tenha perdido competência formal para agir em tais casos).

A despenalização, por sua vez, pode ser entendida como a ação de retirar do ilícito penal a sanção penal clássica, a pena privativa de liberdade, o que não faz com que as condutas que recebam tal tratamento percam o caráter de ilícitos penais. Como observa Cervini, aqui inserem-se todas as possíveis formas de atenuação e alternativas penais: limitação de final de semana, prestação de serviços à comunidade, multa, indenização à vítima, redução de salário, sistema de controle de condutas em liberdade e todas as medidas reeducativas dos sistemas penais.

Essa compreensão permite que condutas cujo rótulo de delito seja insuperável, ao menos em um primeiro momento, possam receber uma resposta institucional mais equilibrada quando comparada com o mal produzido pelo autor do delito, o que não é possível se fazer por meio da prisão, sempre desproporcional às infrações que não são consideradas como graves.

Inspirada na constatação de que a punição traz um sofrimento que deve ser evitado a qualquer custo por meios alternativos de resolução de conflitos³⁸, a diversificação, ao contrário dos demais conceitos, funciona justamente como suspensão dos procedimentos criminais, mantendo-se, contudo, a competência formal do sistema de justiça penal (1995, p. 75). Desse modo, a diversificação indica que, em alguns casos, deve-se remeter a solução do conflito às partes envolvidas e diretamente afetadas (autor e vítima), para que resolvam o problema, com ou sem a ajuda de um organismo externo (1995, p. 76).

Com base nesses conceitos, podemos identificar que as medidas instituídas pela Lei n. 9.099/95 – composição civil dos danos, transação penal, suspensão condicional do processo – possuem caráter tanto de medidas despenalizadoras quanto de medidas diversificadoras. Isso porque, por um lado, essas medidas são aplicadas em detrimento da prisão, qualquer que seja o seu caráter, processual ou penal, o que lhes confere o atributo de medidas despenalizadoras. Por outro lado, a aplicação dessas medidas efetivamente obsta o prosseguimento dos processos criminais, que somente serão levados à cabo se houver descumprimento por parte do indivíduo que se sujeitou a elas, sendo precisamente essa a característica das medidas diversificadoras.

É de se ver que essa foi uma solução adotada pelo legislador brasileiro quando da edição da chamada Lei dos Juizados Especiais e nos parece ser ela aceitável e no âmbito de uma concepção político-criminal de direito penal mínimo, o que de maneira alguma pode significar que os problemas enfrentados pelo sistema penal do Brasil se resolveram. A Lei n. 9.099/95 não encerra o debate acerca da desinstitucionalização, mas, ao contrário, apenas traz mais subsídios para que o debate se enriqueça, principalmente a partir da experiência produzida pela prática dos Juizados Especiais Criminais.

³⁸ CHRISTIE, 1977 *apud* CERVINI, 1995, p. 77.

4 A crítica à Lei n. 9.099/95

4.1 Introdução

A Lei n. 9.099/95, no que diz respeito à matéria concernente ao direito penal e processual penal, recebeu fortes críticas da doutrina brasileira. Isso se deu tanto por parte da doutrina partidária do direito penal de caráter repressivo e do movimento *Law and Order*, cuja crítica se faz ao seu conteúdo de direito material, quanto da doutrina garantista, que se manifesta contra a flexibilização de garantias processuais penais.

Por sermos partidários de um Direito Penal mínimo, não nos interessa aqui a crítica realizada com viés punitivista. Os pontos levantados aqui são críticas à Lei n. 9.099/95 no sentido de ela não realizar os objetivos que se quer alcançar com a desinstitucionalização, por exemplo, ou com a redução da enorme quantidade de pessoas encarceradas no nosso modelo de sistema penal.

4.2 Crise da administração da Justiça e os Juizados Especiais Criminais

A complexidade cada vez maior das relações sociais e a conseqüente atribuição de deveres ao Estado, que avoca para si e se vê obrigado a atender demandas anteriormente reprimidas, pretendendo regular amplos setores dessas relações sociais nas sociedades urbano industriais do final do século XX culmina com a crise da administração do Poder Judiciário, extremamente complexa, podendo-se identificar nela os seguintes aspectos, dentre outros: inflação legislativa, agentes e organismos do sistema penal fragmentados e desconectados, sobrecarga dos órgãos jurisdicionais, ineficácia da pena de prisão, tratamentos inexistentes ou contraproducentes, sistemas tradicionais criminalizantes que obstaculizam inovações no campo das alternativas penais e os próprios custos individuais e

sociais do delito³⁹. Segundo Cervini, a causa principal dessa crise da administração da Justiça é a “dicotomia congênita entre o discurso e a realidade de nossos sistemas penais (1995, p. 71).

Diante dessa crise se desenharam estratégias de controle que passaram a incorporar contribuições sociológicas e antropológicas no sentido de se procurar alternativas paralelas aos mecanismos convencionais de administração da justiça (AZEVEDO, 2001, p. 98). Nos esclarece Azevedo que surgem a partir daqui os novos mecanismos de resolução de conflitos, que podem ser identificados com os movimentos de desinstitucionalização verificados por Cervini, dos quais a Lei n. 9.099/95 e os Juizados Especiais Criminais são decorrentes.

Entretanto, na prática, a experiência dos Juizados Especiais Criminais tem demonstrado que a dinâmica de funcionamento desses órgãos não corresponde às previsões legislativa e doutrinária que foram feitas quando da edição da Lei n. 9.099/95, uma vez que eles parecem levar consigo muitos dos problemas verificados nas instâncias tradicionais do Poder Judiciário. Pesquisando a dinâmica de atuação do Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte, o Núcleo de Estudos de Segurança Pública (NESP), da Fundação João Pinheiro, levantou dados quantitativos e qualitativos que permitiram chegar a conclusão de que, na prática, o processamento de conflitos naquele Juizado em muito se identificava com os conflitos processados mediante procedimento ordinário e sumário (BATITUCCI *et al.*, 2010, p. 267). Essa pesquisa permite a Batitucci *et al.* afirmar que o procedimento realizado pelo Juizado Especial Criminal é típico de uma *linha de montagem*, fazendo referência a Saporì, que identifica na justiça criminal tradicional uma burocratização excessiva, cujas características são impessoalidade, formalismo, centralização, profissionalização, especialização e documentação⁴⁰. Isso porque: “a linguagem é padronizada tendo em vista os termos jurídicos utilizados, as decisões são formalizadas de acordo com o tipo de caso, os formulários estão sempre prontos aguardando apenas o nome dos envolvidos” (BATITUCCI *et al.*, 2010, p. 267).

Os pesquisadores perceberam haver uma “regularidade mecânica” na dinâmica de funcionamento também nas audiências do Juizado Especial Criminal de

³⁹ RICO, 1976:61, *apud* CERVINI, 1995, p. 71.

⁴⁰ SAPORI, 1995, *apud* BATITUCCI *et al.*, 2010, p. 248.

Belo Horizonte, reafirmada pelo número de conciliações e sentenças, fazendo com que se verifique a burocracia inerente ao sistema da *Civil Law* no que se refere à “abundância de papéis e ritos a serem cumpridos; em uma institucionalidade refratária à linguagem popular e cheia de formalismos desnecessários à solução dos conflitos” (BATITUCCI *et al.*, 2010, p. 268). Isso faz com que o procedimento nos Juizados seja extremamente longo para um juizado se considerados os princípios pelos quais deveriam pautar-se:

“O tempo necessário ao JECrim para o processamento de seus casos em geral (110 dias) não é muito inferior ao tempo prescrito do CPP (Código de Processo Penal) para o processamento de crimes comuns pela instância *tradicional* (129 dias para réu preso e 179 dias para réu solto). Portanto os tempos observados no fluxo dos processos no Juizado ajudam a evidenciar que o JECrim-BH apresenta importantes limitações institucionais para o exercício tempestivo das atividades a que se propõe, dentro dos ideais originais previstos na Lei dos Juizados Especiais.” (BATITUCCI *et al.*, 2010, p. 259)

Dois fatores são identificados como problemáticos na operatividade, ou na dinâmica dos Juizados Especiais Criminais. O primeiro é a ausência de uma concepção institucional mais profissionalizada para o exercício da conciliação, não no sentido de acurácia técnica, mas sentido de efetivamente prestar um serviço público pautado pela informalidade e oralidade, propiciando uma real aproximação entre a Justiça e os indivíduos que a procuram. O segundo fator é exigência de produção maior do que a capacidade de atendimento para se dar uma resposta institucional com qualidade, ou seja, há uma tentativa de se encobrir a crise da administração justiça pelo eficientismo. No que se refere à conciliação realizada no âmbito dos Juizados de Belo Horizonte, expõe Batitucci *et al.*:

“Ademais, os conciliadores são claramente pressionados a realizar um grande número de audiências por turno e de forma breve. Na dinâmica de processamento do JECrim, o ritmo da conciliação e da mediação é ditado pela escala e há uma pressão inexorável sobre os coordenadores, que delineia um sistema em que o acordo é extraído sem o menor entendimento do que seria a Justiça e qual deveria ser o real papel de um provável mediador/restaurador de conflitos.

Portanto, muito mais do que a preocupação em solucionar pequenos delitos, o foco do JECrim de Belo Horizonte consiste em processar e punir, com absoluta eficiência, as perturbações à ordem que chegam ao seu conhecimento. Não há preocupação com o destino das partes, sendo algo que escapa à sua competência.

Essa preocupação exacerbada do JECrim-BH com a eficiência possibilita, de fato, a realização de audiências de conciliação rápidas e eficazes; a grande maioria dessas consegue levar o procedimento a um desfecho que, em geral, se consolida na transação penal. Contudo, se por um lado, o não tratamento de cada caso como se fosse único possibilita a realização de um número maior de transações penais e, por conseguinte, uma maior

produtividade, por outro, esse fenômeno demonstra uma inversão de prioridades dessa instância do Poder Judiciário.” (BATITUCCI et al., 2010, p. 263)

Essa busca pela eficiência vai de encontro ao que postula o direito penal mínimo e é extremamente criticada por Lopes Jr., uma vez que corresponde ao utilitarismo e à lógica de mercado, em que “tempo é dinheiro”, valorizando-se a produção de decisões e “solução” de casos sem se atentar para a qualidade da solução. Nas palavras do autor:

“A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático. É inafastável que vivemos numa **sociedade regida pela velocidade**, mas isso não nos obriga a tolerar o atropelo de direitos e garantias fundamentais característico dos juizados especiais.” (2006, p. 141)

Entretanto, esse não é um problema específico dos Juizados Especiais Criminais. Como ressalta Lopes Jr. em outro trecho de sua obra, agora referindo-se ao processo penal e ao sistema penal:

“Os juízes são pressionados para decidirem ‘rápido’ e as comissões de reforma, para criarem procedimentos mais ‘acelerados’, esquecendo-se que o *tempo do direito* sempre será outro, por uma questão de garantia. A aceleração deve ocorrer, mas em outras esferas. Não podemos sacrificar a necessária maturação, reflexão e tranquilidade do ato de julgar, tão importante na esfera penal.” (2006, p. 37)

Nesse mesmo sentido, Azevedo afirma que na prática dos Juizados Especiais Criminais o que é levado em conta é o tempo que o juiz tem disponível para a audiência, deixando-se de buscar qualidade, não se discutindo o problema, não havendo diálogo entre vítima e autor. Essa constatação nos permite afirmar que o que se verifica na prática dos Juizados Especiais Criminais representa uma *perversão* da Lei 9.099/95, uma vez que suas bases encontram-se justamente na justiça consensual e constitutiva, contrapondo-se à justiça retributiva.

4.3 A frustração da expectativa de redução do número de processos e a ampliação da intervenção estatal em crimes que haviam sido “esquecidos”

A idéia vislumbrada com a implantação dos Juizados Especiais Criminais era desafogar o sistema penal, reduzindo o movimento processual das Varas Criminais Comuns. Entretanto, Azevedo afirma que a “análise do movimento processual verificado na Comarca de Porto Alegre nos dois anos anteriores e posteriores à implantação não confirma essa expectativa” (2001, p. 103), pois de acordo com dados fornecidos pela Corregedoria Geral de Justiça do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referentes à Comarca de Porto Alegre, nos anos de 1994 e 1995 foram distribuídos para as Varas Criminais Comuns em torno de 6.000 processos por ano, número que salta para quase 55.000 em 1996, reduzindo para 37.608 processos em 1997. Isso demonstra que, em que pese ter havido uma significativa redução percentual entre os anos de 1996 e 1997, “o volume de processos distribuídos nas antigas Varas Criminais se mantém praticamente inalterado” (2001, p. 103).

O autor conclui que em vez de assumir parte dos processos que chegavam até aquelas varas, “os Juizados Especiais Criminais passaram a dar conta de um tipo de delituosidade que não chegava até as Varas Judiciais, sendo resolvido através de processos informais de ‘mediação’ nas Delegacias ou pelo puro e simples ‘engavetamento’” (2001, p. 103).

Encontramos aqui uma dura crítica à Lei n. 9.099/95, pois para Azevedo os Juizados Especiais Criminais, com a finalidade de trazer a conciliação para dentro do processo penal, tornando-o informal, para dispersar e desafogar o Poder Judiciário, acabaram por trazer para dentro da justiça penal um conflitualidade antes “abafada” nas delegacias. No mesmo sentido, Aury Lopes Jr. afirma que “quando todos defendem a intervenção penal mínima, a Lei 9.099 vem para ressuscitar no imaginário social as contravenções penais e outros delitos de bagatela e mínima relevância social. É a banalização do processo penal” (2006, p. 26).

Embora o aumento da incursão do Estado nas relações sociais por meio do Direito Penal através dos Juizados Especiais Criminais seja um fato, acreditamos que ele não seja do todo prejudicial ou negativo. É de se observar que a ida das

pessoas ao Judiciário é decorrente da complexificação das relações sociais, no sentido de que a comunidade, tendo seus laços enfraquecidos como as mudanças provocadas ao longo do século XX, não dá mais conta de resolver por meio de seus próprios mecanismos os conflitos que vão surgindo dessas relações. Buscar uma resposta institucional representa uma expectativa da população na prestação de um serviço público, sendo que essa expectativa é constantemente frustrada pela incapacidade estrutural do sistema de dar conta da demanda. Isso provoca uma crise de legitimidade no sistema penal, uma vez que cria um sentimento de desamparo, principalmente no que diz respeito àqueles fatos que não despertam o interesse das instâncias tradicionais do sistema penal.

Assim, nos parece que a atividade do Estado de institucionalizar o que Aury Lopes Jr. chama de “delitos de bagatela e mínima relevância social” dentro daquela lógica informal e conciliadora que deveria pautar a atuação dos Juizados Especiais Criminais pode significar um modo de restabelecer parte da confiança no sistema penal, desde isso se faça a partir dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade que pautam o direito penal mínimo, ou seja, tratando como delito apenas aquelas condutas que não podem deixar de sê-lo, por não terem amparo suficiente, ao menos em um primeiro momento, por meio de outros ramos do Direito.

4.4 A comparação com o *plea bargaining*

Surge aqui um dos pontos mais criticados pela doutrina garantista à Lei n. 9.099/95. Aury Lopes Jr. afirma que a Lei dos Juizados Especiais Criminais, enquanto novo modelo de solução de conflitos pelo consenso, é um típico exemplo de contaminação pós-modernista e neoliberal no Processo Penal (2006, p. 26). Ao colocar a aplicação da pena nas mãos do Ministério Público, que passa atuar como negociador, a Lei n. 9.099/95 estaria violando a Constituição Federal de 1988. Isso porque, segundo Lopes Jr., essa relação negocial não parte de uma posição de igualdade entre os envolvidos, uma vez que o Ministério Público detém um poder de barganha muito superior. Isso seria a implantação da lógica do *plea negotiation* no

processo penal, transformando-o “num mercado persa, no seu sentido mais depreciativo” (2006, p. 26).

Lopes Jr. afirma que essa lógica representa uma violação à garantia da inderrogabilidade do juízo, uma vez que “o Estado-Juiz é afastado das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote o conflito” (2006, p. 139). Isso significaria que a violência repressiva da pena não passaria mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submeteria aos limites da legalidade, pois estaria sujeita à discricionariedade do Ministério Público. A lógica negocial também constituiria verdadeira expressão do movimento lei e ordem, pois “contribui para a banalização do Direito Penal, fomentando a panpenalização e o simbolismo repressor” (2006, p. 140). Lembra o autor que no sistema americano as negociações são realizadas extrajudicialmente, sem o acompanhamento do órgão jurisdicional, muitas vezes nos gabinetes do Ministério Público, sem publicidade, prevalecendo ainda mais o poder e a superioridade do *Parquet*. Para concluir sua crítica à “justiça negociada” Aury Lopes Jr. afirma que campo de negociação ainda é restrito – referindo-se à competência dos Juizados Especiais Criminais –, mas que, “se seguirmos nesse rumo, ampliando o espaço da justiça negociada, fulminaremos com a mais importante de todas as garantias: o direito a um processo penal justo” (2006, p. 147).

Entretanto, tal comparação extremada entre a justiça consensual implantada no Brasil e o instituto do *plea bargaining* americano não nos parece ser adequada. Isto porque, como se percebe da leitura da Seção II, Capítulo III, da Lei n. 9.099/95, que trata da fase preliminar do procedimento sumaríssimo, os acordos realizados entre acusação e acusado são realizados em audiência. Isso ocorre tanto em relação à audiência preliminar de composição dos danos, que se dá entre vítima e infrator, quanto em relação à transação, que é de competência do Ministério Público. Portanto, não se pode falar em uma violência repressiva que não passa mais pelo controle jurisdicional. E mais, em que pese a discricionariedade do Ministério Público em propor a aplicação imediata de pena, é de se observar que essa discricionariedade não é ilimitada, encontrando sua primeira limitação na vedação da pena privativa de liberdade dentre as possíveis. Como esclarece Luiz Flávio Gomes:

Não se trata do famoso instituto norte-americano porque a conciliação deve ser feita em audiência, na presença do juiz. Não é o caso de as partes fazerem o acordo fora da audiência (extrajudicial) e o juiz só homologar. Tudo será feito em audiência por causa da oralidade. Esta é que garante a imediação do juiz e a

publicidade. De outro lado, o juiz sempre fiscalizará se a aceitação do imputado está sendo feita com total liberdade e consciência. É o juiz que esclarece sobre a aceitação da proposta. O Ministério Público não pode fazer nenhuma barganha fora da audiência, fora da presença do juiz. (MOLINA; GOMES, 1997, p. 428)

CONCLUSÃO

Como se verificou ao longo das pesquisas mencionadas no Capítulo 4, os Juizados Especiais Criminais, que foram pensados como parte da solução para a crise da administração da justiça, acabaram se apropriando dos problemas estruturais relativos à administração tradicional do Poder Judiciário. Para Azevedo, é de se reconhecer os aspectos emancipatórios que se desenvolvem com a informalização da prestação jurisdicional. Entretanto, “são justamente essas características as mais facilmente relegadas quando da implementação prática das medidas informalizantes” (2001, p. 108), pontuando que a manutenção do sentido emancipatório da informalização levada a cabo com os Juizados Especiais Criminais depende dos níveis de entusiasmo, consenso e convencimento dos operadores do direito, além da compreensão do que realmente se quer com esse forma de justiça, fazendo com que eles evitem os formalismos expressos nos trajes, discurso e procedimentos. Azevedo ainda ressalta que a burocracia exagerada causada pelos sistemas tradicionais e seus formalismos também são responsáveis por criar um espaço onde é possível proteger os setores socialmente desfavorecidos, somente sendo possível manter a carga potencialmente emancipatória contida na proposta da Lei n. 9.099/95 a partir do momento em que forem supridas as limitações inerentes à falta de apoio jurídico daqueles que buscam amparo no Poder Judiciário – considerando aqui tanto vítima quanto infrator.

Aury Lopes Jr. afirma que há uma relação profunda entre direito penal mínimo e processo penal garantista, como se ambos se complementassem mutuamente (2006, p. 47). Tal afirmação é acertada, pois ambos, direito penal mínimo e garantismo processual penal, estão a serviço da diminuição a irracionalidade punitiva do sistema penal. O primeiro a partir dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, reduzindo-se ao máximo possível o campo de intervenção do Estado por meio do direito penal, e o segundo a partir da máxima garantia dos direitos fundamentais.

Como tentamos demonstrar ao longo do Capítulo 3, ao que nos parece, os Juizados Especiais Criminais e as medidas despenalizadoras instituídos pela Lei n.

9.099/95, a partir dos fundamentos de sua concepção, estão em consonância com os postulados do direito penal mínimo. Isso se evidencia, por exemplo, no fato de a Lei n. 9.099/95 trazer dentro de sua proposta restrições à prisão, o que se verifica tanto da vedação do flagrante quando o autor do fato assumir for imediatamente encaminhado ao Juizado Especial Criminal ou assumir o compromisso de a ele comparecer, quanto da vedação à pena de prisão no caso de transação penal e suspensão condicional do processo. Ou seja, a proposta legislativa é evitar ao máximo o encarceramento no caso desses crimes, criando outros meios de se solucionar o conflito, informalizando a prestação jurisdicional e trazendo o diálogo entre vítima e autor para dentro do sistema penal. Por isso, é de se ver que a Lei n. 9.099/95 se insere naquele movimento que busca a redução do Direito Penal e da incidência do sistema penal a partir da desinstitucionalização, como caracterizado por Cervini, que surge dentro da concepção de direito penal mínimo.

A crítica realizada a partir dos postulados do garantismo processual penal, por sua vez, não é descabida. Muito pelo contrário, ela aponta violações de direitos provocadas no âmbito do procedimento levado a cabo nos Juizados Especiais Criminais, principalmente no que se refere à aplicação de uma pena sem processo. De fato, a imposição de pena restritiva de direitos por ocasião de transação penal ou suspensão condicional do processo é efetivamente a aplicação de uma pena sem que o processo penal tenha seguido seu curso tradicional, mas deve-se reconhecer o mérito da descarcerização inerente a essas medidas, evitando-se o pior dos cenários quando se trata do sistema penal. Ainda, pensamos que, se por um lado a Lei n. 9.099/95 coloca certa discricionariedade à disposição do Ministério Público, que atua como acusador, por outro lado a ausência dessa Lei significaria a ampliação do espaço de seletividade encarceradora do sistema penal.

Assim, acreditamos que essa crítica garantista não se restringe aos Juizados e à Lei n. 9.099/95, sendo antes uma crítica ao sistema penal e à crise da administração da justiça no sentido de que ela é uma crítica direcionada à manifestação do caráter retributivo e irracional que assume o sistema penal. Ao referir-se aos Juizados e à Lei n. 9.099/95, a crítica garantista procede enquanto tal na medida em que ela é uma crítica à forma como a resposta jurisdicional se dá, selecionando e excluindo pessoas, e verifica nos procedimentos ali realizados uma busca pela eficiência a qualquer custo, o que se faz em detrimento da efetiva

solução do conflito, ou ao menos em detrimento de um tratamento mais humano e digno da pessoa que é levada até o Poder Judiciário.

No que se refere a essa busca pela eficiência, ela representa, obviamente, o caminho mais fácil ou mais rápido para se dar conta de um problema a partir de uma ótica punitiva, o que se verifica tanto no caso dos Juizados Especiais Criminais quanto no caso das instâncias tradicionais do Poder Judiciário.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. *Juizados Especiais Criminais: Uma abordagem sociológica sobre a informalização da justiça penal no Brasil*. RBCS, Vol. 16, nº 47, outubro de 2001.

_____. *Tendências do controle penal na época contemporânea: reformas penais no Brasil e na Argentina*. São Paulo em Perspectiva, 18(1) 2004.

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. Rio de Janeiro : Revan, 1990.

_____. *Punidos e mal pagos: violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje*. Rio de Janeiro : Revan, 1990.

BATISTA, Vera Malaguti. *Novas funções do cárcere no Brasil contemporâneo*. In *Estudos de Execução Criminal : Direito e Psicologia*. org. Rodrigo Tôrres Oliveira e Virgílio de Mattos. Belo Horizonte, Tribunal de Justiça de Minas Gerais. 2009.

BATITUCCI, Eduardo Cerqueira. et. al. *A justiça informal em linha de montagem: estudo de caso da dinâmica de atuação do JECrim de Belo Horizonte*. Civitas. v. 10. n. 2. Porto Alegre, maio a agosto de 2010.

BRASIL. *Código Penal*. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: julho de 2013.

_____. *Código de Processo Penal*. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: julho de 2013.

_____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: julho de 2013.

_____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em < <http://www.planalto.gov.br> >. Acesso em: julho de 2013.

CERVINI, Raúl. *Os processos de descriminalização*. Tradução: Eliana Granja et al. I. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1995.

MORAES, Pedro Rodolfo Bode de. *Punição, encarceramento e construção de identidade profissional entre agentes penitenciários*. – São Paulo : IBCCRIM, 2005.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal*, vol. II. 2. ed. Niterói : Impetus, 2012.

LOPES JR., Aury. *Introdução Crítica ao Processo Penal: Fundamentos da Instrumentalidade Constitucional*. 4. ed. Editora Lumen Juris : Rio de Janeiro, 2006.

PABLOS, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. *Criminologia: Introdução a seus fundamentos teóricos, introdução as bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais*. 2. ed. Revista dos Tribunais : São Paulo, 1997.

PEIXOTO, Maria Gabriela Viana. *Deslegitimado pelos próprios fatos: sobre a real fucionalidade do discurso jurídico-penal em casos de furto no Distrito Federal*. 2009. 160 f. : Dissertação (mestrado) – Universidade de Brasília, Faculdade de Direito, Coordenação de Pós-Graduação em Direito, Mestrado em Direito, Estado e Constituição, 2009.

PIRES, Álvaro. *Por que é tão difícil construir uma política de alternativas penais?* Anais VII CONEPA – Congresso Nacional de Alternativas Penais. Brasília: Ministério da Justiça, 2011, 1ª edição.

ROXIN, Claus. *Tem futuro o direito penal?* Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 790, agosto de 2001.

_____. *Reflexões sobre a construção sistemática do direito penal*. Tradução : Alaor Leite. Revista Brasileira de Ciências Criminais 2010 – RBCCRIM 82.

_____. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega, 1986.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Tradução : Vânia Romano e Amir Lopes da Conceição. 5. ed. Rio de Janeiro : Revan, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001.